INTERNATIONAL ISLAMIC UNIVERSITY
ISLAMABAD-PAKISTAN
FACULTY OF SHARIAH & LAW

الجامعة الإسلامية العالمية
إسلام آباد - باكستان
كلية الشريعة والقانون

مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي
(دراسة نظرية تطبيقية)

أطروحة ماجستير في الشريعة والقانون

إعداد: الطالب/ مختار قوادري
إشراف: الدكتور/ عطاء الله فيض الله

رقم التسجيل: 270-SF/LLM/95
العام الدراسي: 1419هـ-1920هـ/1999م-2000م

بسم الله الرحمن الرحيم

{ يؤتي الحكمة من يشاء ومن يؤت الحكمة فقد أوتي خيراً كثيرا وما يذكر إلاّ أولو الألباب }

سورة البقرة : الآية: 269 .

إهداء

- إلى والديّ الكريمين "الحاج الطيب، والحاجة مباركة" اللذين نشّئان على حبّ العلم والدين والوطن.

- إلى كل من يحب الحق ، ويسعد الخلق ، ويروم المصلحة العليا ؛ على اختلاف ألوانهم وألسنتهم ومشاربهم ، أهدي باكورة عملي هذا .

رسالة شكر

بداية أتقدم بأسمى آيات الشكر ، وأعطر صنوف التحيات إلى :

1 . أستاذي عطاء الله فيض الله الذي تفضل بالإشراف عليّ وأمدني بكل عون.

2 ـ الجامعة الإسلامية العالمية التي زوّدتني مكتباتها بجُلّ ما احتجته من مادة علمية .

3 ـ كلية الشريعة والقانون بها التي أهلتني لأصل إلى مستوى كتابة هذه الرسالة .

4 ـ كل من أعانني من قريب أو بعيد بنصيحة ، أو جهد ، أو دعاء بالتوفيق.

5 ـ زوجتي وابنتي العزيزتين اللتين صبرتا عليّ ، وأمدتاني بكلّ تشجيع، وراحة ، وعون .

حقوق التأليف محفوظة للمؤلف

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد، وعلى آله، وصحبه، ومن سار على نهجه إلى يوم الدين.

أهمية الموضوع:

يعدّ الخلاف الفقهي من أهم الموضوعات التي شغلت العلماء قديماً وحديثاً ؛ فخاضوا غمار أبحاثه ، وصنفوا فيه الكتب والرسائل، وسجلوا المناظرات والسجائل، ووضعوا له القواعد والشروط، وأبدعوا فيه من المسائل، حتى غدا العلم بخلاف العلماء من سمات الفقيه الأساسية، مما دعا بعضهم إلى القول: من لم يعرف اختلاف العلماء، فليس بعالم، ومن لم يعرف اختلاف الفقهاء لم يشم أنفه رائحة الفقه[1] .

ولا عجب أن نقول: إن التّرحاب باختلاف العلماء، من أعظم ما جاءت به شريعتنا، وإنّ اتساع الصدور له، من روائع ما عُرفت به حضارتنا.

وما أجمل أن يخلع المرء عن نفسه ربقة التقليد والتنطع والجمود، وأن يغترف من بحر الشريعة الإسلامية الغراء، وما أوسعه لو اتسع الأفق الفكري والخلقي له.

ولا يزال موضوع فقه الخلاف على تكرّره يفي بالجديد، إن في إطاره النظري، وإن في كثيرٍ من تطبيقاته، وذلك إذا ما أخلص أهل العلم، وأجهدوا قرائحهم في فسيح مجالاته.

تحديد الإطار العام للموضوع :

من القواعد التي وضعها العلماء في هذا الصدد، استحباب الخروج من الخلاف. وقد كان عملهم بها كثيراً، وتناولهم لها يسيراً. أما أصل مراعاة الخلاف . في غير صورة الخروج منه ـ الذي هو موضوع بحثنا، فقد احتدم النقاش فيه كثيراً، وكان طرحهم له مثيراً، حتى قال بعضهم؛ كابن

([1]) وقد نسب هذا القول إلى قتادة . رحمه الله . انظر: (الصحوة الإسلامية بين الاختلاف المشروع والتفرق المذموم د. يوسف القرضاوي ، ص : 72 ، مؤسسة الرسالة، بيروت ، الطبعة الأولى 1411هـ . 1990م، وأسباب اختلاف الفقهاء، د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ص: 43، مكتبة الرياض الحديثة . الرياض، الطبعة الأولى، 1397هـ . 1977م) .

عبد البر[1]. رحمه الله .: "الخلاف لا يكون حجّة في الشريعة" [2]. ومرد ذلك: أن الفقهاء اعتادوا أن يراعوا الخلاف إذا تقارب؛ فتراهم يقولون بالاستحباب مراعاة لقول غيرهم بالوجوب، أو يقولون بالكراهية، حيث قال غيرهم بالحرمة، وإن كانوا لا يتركون اعتقادهم بالإباحة إلى اعتقاد غيرهم بالوجوب في الصورة الأولى، ولا إلى اعتقاد غيرهم بالحرمة في الصورة الثانية؛ وذلك لأن اعتقاد الإباحة والوجوب معاً، أو الإباحة والحرمة ، بالنسبة إلى شخص واحد، في مسألة واحدة، وفي حالة واحدة، متعذر؛ لما يفضي إليه من الجمع بين النقيضين، والجمع بين النقيضين محال.

بيد أن الغريب في موضوعنا هو: أن يقول العالمُ بالحرمة في موضع ؛ كنكاح الشغار[3] . مثلا . فإذا وقع أمضاه، وصححه. أما إذا نُظر إليه على أنه جمع بين قولين، في حالتين مختلفتين، تفتقر كل واحد منهما إلى نظر متميّز، فهما مسألتان مستقلتان . كما قال به بعض الأشياخ[4] .؛ فلا إشكال . وأما إذا نظر إليه على أنه جمع بين مدلول دليل، ولازم مدلوله، كما تناوله ابن عرفة[5] ومن وافقه، فهو مشكل. وقد أشكل ذلك على طائفة من العلماء، فأنكروه، ولم يجيزوا العمل به، ووعاه آخرون، فأجازوا العمل به بشروط.

([1]) هو يوسف بن عمر بن عبد الله بن محمد بن عبد البرّ النمري القرطبي المالكي، أبو عمر، شيخ علماء الأندلس، وكبير محدّثيها في عصره، وصاحب التصانيف الكثيرة الشهيرة، كالاستذكار، والتمهيد، والكافي ...الخ ولد بقرطبة سنة 368هـ، وتوفي بشاطبة سنة 463هـ. انظر : (ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك للقاضي عياض: (808/3)، دار مكتبة الحياة، بيروت . لبنان، بدون تاريخ، وبغية الملتمس في تاريخ رجال أهل الأندلس، لأحمد بن يحيى بن أحمد بن عميرة الضبيّ، ص: 489، دار الكاتب العربي ، 1967م).

([2]) الموافقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق الشاطبي مع تعليق: د. عبد الله دراز : (109/4)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ . 1991م، وانظر: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، المعروف بفتاوى عليش: (81/1)، مصطفى البابي الحلبي . مصر، 1378هـ . 1958م .

([3]) سيأتي تناوله في صلب في أكثر من موضع في الجانب التطبيقي في الفصل الأخير.

([4]) كأبي عبد الله الفشتالي ، وإليه أشار أبو عمران الفاسي . راجع : (الموافقات للشاطبي : (109/4)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ . 1991م، والمعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب ، للونشريسي : (391/6)، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، بدون تاريخ) .

([5]) هو محمد بن محمد بن عرفة الوَرْغَمِي ، أبو عبد الله ، كان إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره . ولد بها سنة: 716هـ ، وتوفي فيها سنة : 803هـ، من كتبه "المختصر الكبير" ، ط . في فقه المالكية، والمختصر الشامل" في التوحيد . انظر : الأعلام لخير الدين الزركلي : (272/7) دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الخامسة، 1980م .

الخلفية العلمية والتاريخية للبحث :

اشتهر هذا الأصل في مذهب المالكية، وإنْ عمل به غيرُهم، غير أنهم توسعوا فيه حتى عدّ من خواص مذهبهم.

وإنك لتجد هذا الأصل مبثوثاً في مواطن كثيرة من المدونة، في فتاوى الإمام مالك[1] . رحمه الله . من رواية ابن القاسم[2] . غالباً . ، بيد أنك لا تعثر على بحث مستقلّ فيه، حتى عند المتقدمين في المذهب.

وأول ما وصلنا هو إشارات من بعض علماء القرن الخامس والسادس الهجري، ممن قالوا به ؛ كالباجي[3]، أو أنكروه؛ كابن عبد البر[4]، والقاضي عياض[5].

وأول شيء وصلنا مبسوطاً هو ما كتبه علماء القرن الثامن والتاسع الهجري؛ كابن

([1]) هو مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي، نسبة إلى جده التاسع ذي أصبح ، وأصبح من أكرم قبائل اليمن، أبو عبد الله ، إمام دار الهجرة، وإليه نسبة المذهب المالكي، وهو غني عن التعريف ، ولد سنة 93هـ وتوفي سنة 179. انظر : الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لابن فرحون المالكي مع نيل الابتهاج للتُّنْبَكْتِي، ص: 17، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ .

([2]) هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري ، أبو عبد الله ، إمام مشهور صحب الإمام مالكا عشرين سنة ، وتفقه به وبنظرائه ، وقد رجح فقهاء المالكية مسائل المدونة لرواية سحنون لها عن ابن القاسم . توفي بمصر سنة 191هـ ، وهو ابن ثلاث وستين سنة . انظر الديباج المذهب ، ص : 146 .

([3]) هو سليمان بن خلف الباجي . نسبة إلى باجة الأندلس . التجيبي القاضي ، رحل إلى المشرق سنة 323هـ وأقام به 13 عاماً ، يدرس الفقه في عواصمه ، ويسمع الحديث ، روى عن الخطيب البغدادي ، وروى هو عنه ، ثم رجع إلى الأندلس ، فملأ سماءها علماً ، وحصل له مناظرات مع ابن حزم . رحمه الله . أفحمه فيها . له تآليف حسنة شهيرة ؛ كالمنتقى في شرح الموطأ ، والاستيفاء على الموطأ لم يكمل ، والتعديل والتجريح على صحيح البخاري ،وإحكام الفصول ، والإشارة في أصول الفقه . ولد . رحمه الله . سنة 403هـ ، وتوفي سنة 493هـ، ودفن بالرباط . انظر: (الديباج المذهب ، ص : 120 ، والفكر السامي : (252/4)) .

([4]) سبق ترجمته.

([5]) هو عياض بن موسى بن عياض بن عمرون بن موسى اليحصُبي، أبو الفضل، سبتي الدار والميلاد سنة 496هـ، أندلسيّ الأصل، كان إماماً في وقته في الحديث، والتفسير، فقيها، أصولياً، عالماً النحو، واللغة، وكلام العرب وأيامهم وأنسابهم، شاعراً مجيداً، وخطيباً بليغاً، حافظاً لمذهب مالك . رحمه الله . ، وكان حسن الخلق، صلباً في الحق، له= =تصانيف؛ بديعة كالشفا في التعريف بحقوق المصطفى، وإكمال المعلم في شرح صحيح مسلم، والتنبيهات على المدونة، توفي . رحمه الله . بمراكش سنة 544هـ. انظر: الديباج المذهب، ص: 168 .

عرفة[1] في حدوده، والقباب[2] . فيما نُقل عنه . ، والشاطبي[3] في كتابيه "الموافقات" و"الاعتصام". وقد جرت مراسلات كثيرة بين الشاطبي وبين بعض علماء عصره ؛ كابن عرفة، والقباب، وغيرهما، انتهى فيها إلى القول بأصل مراعاة الخلاف بعد استشكاله. ولم يزد من جاءوا بعدهم على النقل عنهم، والشرح لأقوالهم[4] .

وقد تناول هذه القاعدة . حديثاً فيما بلغنا . الأستاذ محمد فاتح زقلام[5] في فصل من كتابه "الأصول التي اشتهر انفراد إمام دار الهجرة بها"[6] لا يتجاوز بضع عشرة صفحة، وهي أوسع مادة عثرت عليها، اعتمدت عليها في رسالتي، بيد أنها على جودتها جد مقتضبة، وتقتصر على الجانب النظري، دون التطرق إلى الجانب التطبيقي[7].

الصعوبات التي واجهتني في البحث:

([1]) سبق ترجمته .

([2]) هو أحمد بن قاسم بن عبد الرحمن ، الشهير بالقباب ، أبو العباس من أكابر علماء المالكية حفظاً وتحقيقاً . اشتهر بالدين والصلاح والتفوق في العلوم . تولى الفتيا بفاس ، والقضاء بجبل الفتح ، أخذ عنه العلوم ابن فرحون، والفشتالي والشاطبي، وغيرهم، توفي سنة 779هـ . من تآليفه: اختصار أحكام النظر لابن القطان وله مباحث مشتهرة مع الإمام الشاطبي في مسألة مراعاة الخلاف . انظر : نيل الابتهاج بتطريز الديباج، ص: 72 .

([3]) هو إبراهيم بن موسى بن محمّد اللّخمي ، الغرنَاطي الدار الشهير بالشاطبي ، أبو إسحاق: الإمام الحافظ المجتهد ، من أفراد المحققين ، وأكابر المتفنِّنين فقهاً، وأصولاً، وعربية وغيرها وكان . رحمه الله . حريصاً على اتباع السنة ، وعلى قدم راسخ من الصلاح ، له تآليف جليلة مشتملة عل أبحاث نفيسة؛ كالموافقات ، والاعتصام ، والمجالس في شرح كتاب البيوع من صحيح البخاري ، والإفادات والإنشادات ، توفي سنة 790هـ . انظر : (نيل الابتهاج بتطريز الديباج، ص: 46، والفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للحجوي: : (291/4)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1416هـ . 1995م) .

([4]) كأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع (ت: 894هـ)، وأحمد بن يحيى الونشريسي (ت: 914هـ)، وإبراهيم اللاقاني (ت: 1041هـ)، ومحمد بن الحسن الحجوي (ت: 1291هـ)، والشيخ عليش (ت:1299هـ)، وحسن بن محمد المشاط (ت: 1399هـ) .

([5]) باحث ليبي معاصر.

([6]) نشر كلية الدعوة الإسلامية، ليبيا، الطبعة الأولى، 1996م.

([7]) راجع : (إحكام الفصول في أحكام الأصول للباجي، ص: 577، تحقيق: د. عبد الله محمد الجبوري، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1409هـ 1989م، وشرح حدود ابن عرفة للرصاع: (263/1)، تحقيق: محمد أبو الأجفان، والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1993م، ومنار أصول الفتوى والإفتاء بالأقوى للاقاني، ص: 301، تحقيق زياد محمد حميدان، دار الأحباب . بيروت، الطبعة الأولى، 1992م، والموافقات: (109/4،146)= =والاعتصام: (145/2)، دار الفكر، بدون تاريخ، والجوهر الثمينة في أدلة عالم المدينة، للمشاط، ص: 235، وفتاوى عليش: (81/1)) .

1 . **ندرة مصادر البحث** : لقد كنت أعلم حين فكرت بالموضوع أن مصادر هذا البحث الأصلية جد نادرة، فوقع في نفسي تردد لمعالجته، إذ ربما لم يقع في يدي شيء منها، فأنقطع عن البحث من أول وهلة، أو أضطر إلى تعديل معالمه الأساسية. فعمدت إلى استخارة الله تعالى، ثم قدّمت خطة البحث إلى الكلية، وما أن وُوفق عليها حتى عقدت العزم لمعالجته، وأحسست بأن العون من الله موعود، وأن التوفيق لإنجازه موجود.

وذلك أني كتبت هذا البحث وأنا في شبه القارة الهندية، وكان بيني وبين بلاد المغرب بون شاسع، ولم تمكني ظروف -المادية خصوصاً منها - من زيارتها، والإفادة مما يمكن أن تحتويه مكتباتها المطبوعة أو المخطوطة. وقد راسلت بعض الإخوة في بلاد الشام؛ فأفادوني ببعض المصادر، جزاهم الله خيراً، وقد عثرت على بعضها في بلدان أخرى.

2 . **قلّة المادة العلمية** : كانت المادة العلمية المتعلقة بصلب البحث قليلة، فقد كنت أتتبّع الإشارات والكلمات، ثم أجمع بينها، وأُعمل فكري . على قلّة بضاعتي . لأقتنص ما دقّ عن الأفهام منها، وربما عثرت على سطر واحد أو أكثر فسررت به أيّما سرور.

3 . **تشتت مادة البحث** : كانت مادة البحث عموماً مبثوثة ومنتشرة في أماكن شتى، فكنت ألم شتات فكري؛ لأجمع ما تناثر منها بين ثنايا الكتب، إن من الناحية النظرية التأصيلية، وإن من الناحية التطبيقية الفقهية.

سبب اختيار الموضوع:

1 . كنت أرغب في كتابة بحث يجمع بين الفقه، وبين أصوله، وبين مقاصد الشريعة، وكلّ واحد من هذه ميدان فسيح، وعلم قائم بذاته، بيد أن بينها تلازماً، لا محيص عنه، متى ما أدركه المرء، وتيسرت له سبله، حصل له بسبب ذلك الخير الكثير، وقد وجدت في بحثي هذه الخاصية.

2 . اكتشفت أن لي اهتماماً بالغاً باختلاف العلماء، فأردت أن يكون لي مساهمة متواضعة، لنشر فقه الاختلاف، وتدعيم أسسه، على ركائز علمية متينة، فإن حصل لي ذلك، فالفضل كله لله، وإن كانت الأخرى، فحسبي رجاء الثواب من الله على حسن القصد.

3 . لقد شد انتباهي موضوع مراعاة الخلاف، فأردت أن أحققه، وأن أستبين حدوده وضوابطه ؛ لما يترتب على ذلك من فهم كثير من معالم الشريعة السّمحة؛ التي سمحت بوجود الاختلاف في بعض جزئياتها، كما دعت إلى الإجماع في بعضها الآخر سواءً بسواء.

منهجي في البحث:

اعتمدت في رسالتي هذه على منهج تحليلي مقارن، وركزت في نطاق المقارنة على المذاهب الفقهية الأربعة، بيد أني عرجت على غيرها كلما تطلب البحث ذلك؛ كما إذا كان الخلاف في مذاهب أو لدى علماء آخرين.

وطرقت الموضوع إن في جانبه النظري، وإن في جانبه التطبيقي، متوخيا الموضوعية في الطرح، والأمانة في النقل، والمنهجية في التناول. فلا أذكر قولاً إلا وأعزوه إلى قائله من كتب الفقه أو الأصول أو الحديث، إلا ما لم أعثر له على كتاب مدّون ؛ كعطاء[1]، أو سفيان الثوري[2] ، فأكتفي بالنقل عن غيره من أصحاب الكتب المدونة.

كما لا أذكر آية إلا بينت رقمها، ورقم السورة التي هي فيها، ولا أذكر حديثاً إلا وخرجته من أصوله، وبينت درجته عند الاستدلال به في الغالب الأعم. فإذا وجدت الحديث في الصحيحين وفي غيرهما، اكتفيت بذكر ما في الصحيح، لأن فيه غُنية، إلا إذا ترتب على الروايات الأخرى زيادة مفيدة، فإذا تكرّر نبهت على سبق ترجمته في موضعه.

واعتمدت في ثنايا البحث على المصادر القديمة، ثم الحديثة منها، فإذا وجدت اختلافاً في النقل بين المصادر الفقهية، اعتمدت على أقدمها من كتب أئمة المذاهب؛ كالأم، أو المدونة الكبرى.

وكلما ذكرت علما من أعلام الصحابة، أو من بعدهم من العلماء أو غيرهم في صلب الرسالة، مشهوراً كان ، أو غير مشهور ، ترجمت له من مصادره المعتبرة، فإذا تكرر نبهت على

([1]) هو عطاء بن أبي رباح أسلم بن صفوان ، أبو محمد : تابعي ، من أجلاء الفقهاء . كان عبداً أسوداً ، ولد في جند باليمن ، سنة 27هـ ، ونشأ بمكة ، فكان مفتي أهلها بعد موت ابن عباس . رضي الله عنهما . ، وتوفي فيها سنة 114هـ . انظر : (تهذيب التهذيب لابن حجر : (199/7)، دار صادر، بيروت، بدون تاريخ، وحلية الأولياء : (310/3)).

([2]) هو سفيان بن سعيد بن مسروق ؛ من بني ثور بن عبد مناة من مضر ، أبو عبد الله : أمير المؤمنين في الحديث ، كان سيد أهل زمانه في علوم الدين والتقوى . توفي بالبصرة سنة 161هـ من آثاره : الجامع الكبير : والجامع الصغير" في الحديث. راجع : (تهذيب التهذيب: (111/4)، وتاريخ بغداد للخطيب البغدادي : (151/9)، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون تاريخ ، والأعلام للزركلي: (158/3)).

سبق ترجمته، وما ذكرت من الأعلام المعاصرة، اكتفيت بترجمة موجزة عنهم . حسبما علمته . من بعض المصادر، أو من بعض أساتذتي الأجلاء.

وقد رتبت فهرس الآيات والأحاديث ترتيباً ألفبائياً، وقدمت الكنية على الاسم في فهرس الأعلام إذا كان العلم بذلك مشهوراً. وأما ثبت المصادر والمراجع؛ فقد قسمته وفق منهج الفنون، وقسمت مصادر الفقه، حسب المذاهب الإسلامية.

خطة البحث

مقدمة :

تمهيد :

الفصل الأول : التعريف بمراعاة الخلاف وبيان صلتها ببعض الأصول الشرعية .

المبحث الأول : التعريف بمراعاة الخلاف وتمييزها عما اشتبه بها من القواعد:

المطلب الأول : تعريف مراعاة الخلاف.

المطلب الثاني : الفرق بينها وبين قاعدة الخروج من الخلاف.

المبحث الثاني : صلة مراعاة الخلاف باعتبار المآل:

المطلب الأول : التعريف بأصل اعتبار المآل وبيان حجيته.

المطلب الثاني : بيان وجه الارتباط بين مراعاة الخلاف وبين اعتبار المآل.

المبحث الثالث : صلة مراعاة الخلاف بالاستحسان:

المطلب الأول : التعريف بالاستحسان وبيان أقسامه وحجيّته.

المطلب الثاني : بيان وجه الارتباط بين مراعاة الخلاف وبين الاستحسان.

* * *

الفصل الثاني : تحقيق مراعاة الخلاف .

المبحث الأول : تحرير حجية ما تعلق بمراعاة الخلاف من المسائل:

المطلب الأول : تحقيق قولهم : اختلاف العلماء رحمة الله.

الفرع الأول : تحقيق الأثر سنداً ومتناً.

الفرع الثاني : تحقيق مسألة الإصابة والخطأ في الاجتهاد.

المطلب الثاني : تحقيق مسألة اقتضاء النهي للفساد أو عدمه.

المبحث الثاني : تحرير حجية مراعاة الخلاف:

المطلب الأول : موقف الأئمة من مراعاة الخلاف.

المطلب الثاني : مناقشة حجية مراعاة الخلاف.

المطلب الثالث : مسائل تنبني على القول بمراعاة الخلاف.

* * *

الفصل الثالث : أثر مراعاة الخلاف في بعض الفروع الفقهية.

المبحث الأول : مراعاة الخلاف في العبادات.

المبحث الثاني : مراعاة الخلاف في النكاح.

المبحث الثالث : مراعاة الخلاف في المعاملات المالية.

المبحث الرابع : مراعاة الخلاف في الجنايات.

خاتمة .

فهارس :

1 . فهرس الآيات القرآنية الكريمة.

2 . فهرس الآثار والأحاديث الشريفة.

3 . فهرس الأعلام.

4 . ثبت المصادر والمراجع.

5 . فهرس الموضوعات.

تمهيد

تعريف الخلاف :

أ . تعريفه لغة :

جاء في "لسان العرب" ما يلي : "تخالف الأمران واختلفا : لم يتفقا ، وكلّ ما لم يتساو، فقد تخالف واختلف"[1] .

وورد تعريف الخلاف في "المفردات في غريب القرآن" كما يلي : "الاختلاف والمخالفة أن يأخذ كل واحد طريقاً غير طريق الآخر في حاله أو قوله . فالخلاف أعمّ من الضدّ؛ لأن كل ضدين مختلفان ، وليس كل مختلفين متضادين. ولماّ كان الاختلاف بين الناس في القول، قد يقتضي التنازع استعير ذلك للمنازعة والمجادلة. قال تعالى : { فاختلف الأحزاب من بينهم[2]}[3].

وذكر صاحب "معجم مقاييس اللغة" أن للفظ "خلف" في العربية أصول ثلاثة: أحدها: أن يجئ شيء بعد شيء يقوم مقامه، والثاني: خِلاف قُدَّام، والثالث التغيّر وأمثلتها على التوالي هي: هو خَلَف صدق من أبيه، هذا خَلْفي، و"لَخُلُوفُ فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك"[4] . وأقرب المعاني إلى موضوعنا، الأصل الأول، والأصل الثالث؛ فإن الخلاف يعني تغاير الآراء، وحرص كل واحد في أن ينحي قول صاحبه، ويقيم قوله مكانه[5].

ب . تعريفه اصطلاحاً :

([1]) لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الشهير بابن منظور : (188/4)، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، الطبعة الأولى ، 1408هـ . 1988م .

([2]) سورة مريم : الآية 37 .

([3]) الراغب الأصفهاني، ص: 156، دار المعرفة ، بيروت، تحقيق: محمد سيد كيلاني، بدون تاريخ .

([4]) صحيح البخاري، كتاب : الصوم، باب : فضل الصوم: (670/2)، تحقيق: د. مصطفى ديب البُغا، دار ابن كثير، بيروت، ودار اليمامة ، دمشق، الطبعة الثالثة ، 1407هـ . 1987م .

([5]) أبو الحسن أحمد بن فارس: (210/2 . 213)، تحقيق عبد السلام محمد هارون، طبعة مكتب الإعلام الإسلامي، إيران، 1404هـ .

ورد تعريف الخلاف في "التعريفات" بأنه : "منازعة تجري بين المتعارضين، لتحقيق حق، أو لإبطال باطل"[1].

ولفظ "الخلاف" في استعمالات الفقهاء يعني اختلاف الآراء لا غير[2]، وقد صنّف غيرُ ما أحدٍ من العلماء في الخلاف بهذا المعنى؛ منهم ابن عبد البرّ[3] في كتابه "الإنصاف فيما بين العلماء من الخلاف" ، وابن السيّد البَطَلْيَوسِي[4] في كتابه "التنبيه على الأسباب الموجبة الاختلاف الأمّة" ، وشاه ولي الله الدهلوي[5] في مصنّفه "الإنصاف في بيان أسباب الخلاف"، بَيْدَ أنه ورد في "فتح القدير" إطلاق القول بالتفرقة بين الاختلاف والخلاف، إذ حُمِلَ لفظ "الاختلاف" على كل قول بُني على دليل، ولفظ "الخلاف" على ما كان عارياً من الدليل، أو كان قولاً مرجوحاً في مقابلة الراجح، كالقول المخالف للإجماع، أو النّص[6] .

وسأسير في هذا البحث المتواضع مستعملاً لفظ الخلاف؛ بالمعنى الذي ذهب إليه جمهور العلماء، وهو عدم التفرقة بين اللّفظين؛ لأن الخلاف الناشئ عن غير دليل خارج عن نطاق هذا البحث، وإطلاق لفظ الخلاف على المرجوح من القول ليس بمستقرٍّ عند العلماء.

([1]) لأبي الحسن علي بن محمد الجرجاني، ص : 73، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ . 1997م.

([2]) انظر: الموسوعة الفقهية : (291/2)، نشر وزارة الأوقاف، الكويت، الطبعة الثانية، 1406هـ . 1986م.

([3]) سبق ترجمته .

([4]) هو عبد الله بن محمد بن السيّد البطليوسي النحوي، أبو محمد: كان عالماً بالآداب واللغات متبحّراً فيهما، ولد بمدينة بطليوس سنة 444هـ ثمّ سكن مدينة بلنسية حتى توفي سنة 521هـ وكلا المدينتين تقع بالأندلس. وهو غير ابن سيدّ الناس الشافعي المصري، أبو الفتح، المتوفى في سنة 734هـ، فليتنبّه إلى ذلك . انظر: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لابن خلّكان : (96/3)، دار صادر، بيروت، بدون تاريخ .

([5]) هو أحمد بن عبد الرحيم بن وجيه الدين الهندي الحنفي، أبو عبد العزيز: أحد كبار علماء شبه القارة الهندية، الذي كان له إسهامات واسعة في كثير من العلوم الشرعية، كالفقه، وأصول التفسير، والتصوف، ولد شاه ولي الله بدهلي سنة 1702م، وتوفي بها سنة 1776م . انظر: معجم المؤلفين: (272/1)، عمر رضا كحالة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ .

([6]) انظر : (302/7) للكمال بن الهمام رحمه الله، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1397هـ . 1977م .

ويرتبط بلفظ الخلاف مصطلحات ثلاث وهي : المناظرة والجدل والمكابرة. وقد تحدّث عنها الشيخ محمد أحمد أبو زهرة[1] . رحمه الله . إذ قال: "المناظرة يكون الغرض منها الوصول إلى الصواب، في الموضوع الذي اختلف أنظار المتناقشين فيه ، والجدل يكون الغرض منه إلزام الخصم، والتغلب عليه في مقام الاستدلال، والمكابرة لا يكون الغرض منها إلزام الخصم، ولا الوصول إلى الحق، بل اجتياز المجلس، والشهرة أو مطلق اللجاجة، أو غير ذلك من الأغراض التي لا تغني من الحق فتيلاً[2]"[3] .

ويبدو أن هذه المصطلحات هي نتائج متباينة للاختلاف في الرأي؛ فإن الاختلاف إذا نشأ، ربما أفضى إلى المناظرة للوصول إلى الصواب، أو أدّى إلى الجدل لإلزام الخصم، أو فتح باب المكابرة والعناد واللجاج، نتيجة التعصب لرأي من الآراء .

أسباب الخلاف :

ينشأ الخلاف الفقهي من أسباب متعددة، نجملها فيما يلي :

أولاً : أسباب تعود إلى اللغة :

من الأسباب الداعية إلى الخلاف، هو طبيعة اللغة العربية، التي تحتوي على الحقيقة والمجاز، وعلى الاشتراك في الألفاظ، وعلى الاحتمال في الأساليب والتراكيب، وعلى غير ذلك من الطرق اللغوية المتعددة.

فمن الأمثلة على الحقيقة والمجاز، اختلاف الفقهاء في قول النبي صلى الله عليه وسلم : "لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب"[4] ؛ فذهب الشافعية ومن وافقهم على نفي صحة الصلاة

([1]) عالم أزهري مصري معاصر، ولد سنة 1316هـ، وتوفي سنة 1395هـ، صاحب تصانيف كثيرة في فنون متنوعة، اشتهر بشجاعته في الحق، ودفاعه عن الشريعة . انظر : أبو زهرة إمام عصره، أبو بكر عبد الرزاق، دار الاعتصام، القاهرة، بدون تاريخ .

([2]) هو ما فتله الإنسان بين أصابعه من خيط أو وسخ، وهو الخيط الذي في شقّ النواة. يقال ما أغنى عنه فتيلاً: أي شيئاً : المعجم الوسيط : (673/2)، لمجموعة من الباحثين، دار الدعوة استنبول . تركيا، 1410هـ . 1989م .

([3]) تاريخ الجدل، ص: 5، دار الفكر العربي، بدون تاريخ .

([4]) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني، كتاب: الصلاة ، باب : وجوب القراءة للإمام والمأموم : (146/4)، طبعة مكتبة القاهرة، 1398هـ . 1978م .

حملاً للفظ "لا صلاة" على الحقيقة، وذهب الحنفية ومن وافقهم إلى نفي كمال الصلاة حملاً له على المجاز[1] .

ومن الأمثلة على وجود الألفاظ المشتركة في النصوص، قوله تعالى : { والمطلقات يتربصن بأنفسهنّ ثلاثة قروء} [2] . فلفظ "قرء" في هذا المثال يحتمل لغةً أكثر من معنى واحد؛ فقد يُحملُ على الحيض، وقد يحمل على الطهر، وقد يطلق على المعنيين معاً"[3].

وعلى هذا الأساس، اختلف العلماء في المراد من القرء في هذا الآية؛ فذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه الحيض، وذهب المالكية و الشافعية إلى أنه الطُهر[4] .

ومن النماذج على الاحتمال في الأسلوب والتركيب، قوله . صلّى الله عليه وسلّم . : "ذكاةُ الجنين ذكاةُ أمّه"[5]؛ فإن كلمة "ذكاة" الثانية رويت بالرفع، ورويت بالنصب. فمن أخذ برواية الرفع جعلها خبراً للمبتدأ الذي هو: "ذكاة الجنين"؛ فتكون ذكاةُ الأم . عنده . ذكاةً للجنين؛ فلا يحتاج الجنين إلى ذبح مستأنف.

([1]) انظر: (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني : (433/1)، مطبعة العاصمة ش الفلكي بالقاهرة، بدون تاريخ، والمدونة الكبرى للإمام مالك برواية سحنون عن ابن القاسم : (69/1)، دار الفكر، بيروت 1406هـ . 1986م، والمجموع شرح المهذب للنووي : (326/3)، دار الفكر، بدون تاريخ، والمغني لابن قدامة المقدسي: (485/1)، مكتبة الرياض، الحديثة، الرياض 1401هـ . 1981م).

([2]) سورة البقرة : الآية 288.

([3]) انظر: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت على هامش المستصفى، للعلامة عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري: (198/1)، مطبعة بولاق، الطبعة الأولى، 1322هـ .

([4]) انظر: (الهداية للمرغيناني: (274/2) دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1416هـ .1995م، والمعونة على مذهب عالم المدينة، للقاضي عبد الوهاب: (912/2)، نشر المكتبة التجارية، مكة المكرمة، بدون تاريخ، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب: (128/2)، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ، ومنتهي الإرادات، لتقي الدين الفتوحي الحنبلي، تحقيق عبد الغني عبد الخالق: (346/2) عالم الكتب، بدون تاريخ).

([5]) رواه أبو داود والترمذي وقال الترمذي : حديث حسن، راجع : عون المعبود شرح سنن أبي داود للعظيم آبادي، كتاب: الضحايا باب: ما جاء في ذكاة الجنين: (25/8)، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1399هـ . 1979م، وتحفة الأحوذي للمباركفوري، في أبواب الصيد، باب: في ذكاة الجنين: (48/5 . 49)، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1399هـ . 1979م .

ومن اختار رواية النصب "للذكاتين" الأولى والثانية، كان المعنى عنده: "ذكّوا الجنين ذكاةَ أمه" [1].

واشتمال النصوص الشرعية على هذه الطرائق اللغوية المختلفة نقلها من حيز القطع إلى حيز الظن، فكانت إذن سبباً في اختلاف أنظار الفقهاء.

ثانياً : أسباب تعود إلى فهم النص :

تتفاوت أفهام أهل العلم تجاه تفسيرهم للنصوص الشرعية، بناء على تفاوت مداركهم العقلية؛ فبعضهم ينظر في ظواهر النصوص ليستخرج منها الأحكام الشرعية، وبعضهم يتعدى ذلك إلى النظر في علل الأحكام ومقاصدها، وبعضهم ينظر بنظرة قاصرة إلى النص الذي يعالجه بمفرده، وآخرون يحيطون النص المعالج وغيره من النصوص بنظرة شاملة، فتختلف نتائجهم.

ويقرر ابن القيم[2] . رحمه الله . أن الفهم نعمةٌ من الله على عبده ونورٌ يقذفه الله في قلبه، يدرك به من النص ما لا يدرك غيرُه، مع استواءهما في حفظه، وفهم معناه الأصلي[3] .

وقد ظهر الاختلاف في الرأي منذ عصر الصحابة . رضي الله عنهم . حيث أمرهم النبي . صلّى الله عليه وسلّم . أن يصلوا العصر في بني قريظة [4] . وعلّق ابن القيم رحمه الله على هذا فقال: " فاجتهد بعضهم في الطريق وقال: لم يُرد منا التأخير، وإنما أراد سرعة النهوض؛ فنظروا

([1]) انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، ومحمود محمد الطناحي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1383هـ . 1963م.

([2]) هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن جرير، الزّرعي، الدمشقي الحنبلي، أبو عبد الله ، وتسمية بابن القيم نسبة إلى أبيه الذي كان قيّماً على مدرسة الجوزية، برع . رحمه الله . في جميع العلوم، وفاق الأقران حتى عدّه الشوكاني مجتهداً مطلقاً، ثم ذكر أنه غلب عليه حب شيخه ابن تيمية . رحمه الله . حتى كان لا يخرج عن شيء من أقواله، له تصانيف كثيرة نافعة . توفي سنة 751هـ . انظر : البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، للشوكاني : (143/2)، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ .

([3]) انظر: تهذيب مدارج السالكين، لعبد المنعم صالح العلي العزّي ص: 46، المكتبة العلمية، بدون تاريخ .

([4]) سيأتي نص الحديث في أدلة الاختلاف السائغ إن شاء الله .

إلى المعنى، واجتهد آخرون وأخّروها إلى بني قريظة، فصلّوها ليلاً، نظروا إلى اللفظ، وهؤلاء سلف أهل الظاهر، وهؤلاء سلف أصحاب المعاني والقياس" [1] .

وبناء عليه، اختلف العلماء من بعدهم في فهمهم للنصوص، وتقريرهم للأحكام الشرعية.

وإليك مثالين يوضحان ذلك :

الأول : جاء في الحديث عن ابن عباس . رضي الله عنهما . أن النبي . صلّى الله عليه وسلّم . قال: "الثيّب أحق بنفسها من وليّها، والبكرُ تُستأذن في نفسها، وإذنها صُمَاتها"[2] .

فقال ابن حزم[3] . رحمه الله . : إن البكر لا يكون إذنها في نكاحها إلاّ بسكوتها، فإن سكتت، أَذِنَتْ، ولزمها النكاح، وإن تكلمت بالرضا، لم ينعقد بذلك نكاح عليها[4] .

وذهب غيره إلى أن الشرع جعل السكوت دالا على الرضا، لأنّ البكر يمنعها من النطق بالرضا حياءها، فلو أذنت بالنطق، فهو أبلغ وأتم [5] .

الثاني : اختلف العلماء في فهم المراد من الحديث الذي رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه[6] عن النبي -صلّى الله عليه وسلّم- أنه قال : "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبُرّ بالبُرّ،

([1]) إعلام الموقعين عن ربّ العالمين: (203/1)، دار الجيل، بيروت، 1973م

([2]) صحيح مسلم، كتاب: النكاح، باب : استئذان البنت والبكر: (1037/2)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ.

([3]) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري، أبو محمد، عالم الأندلس في عصره، وأحد أئمة الإسلام، ولد بقرطبة سنة 384هـ، وتوفي سنة 456هـ، له مصنفات كثيرة في فنون مختلفة؛ كالإحكام في أصول الأحكام، والمحلى، والفصل في الملل والأهواء والنحل . انظر: شذرات الذهب في أخبار من ذهب لأبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي : (299/3)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ .

([4]) انظر : المحلى : (471/6)، دار الفكر، بدون تاريخ .

([5]) انظر : (المبسوط للسرخسي: (3/5)، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثالثة، وأعيد طبعه بالأوفست، 1398هـ . 1978م، وشرح الخرشي على مختصر خليل: (183/3)، دار الفكر، بدون تاريخ، والمهذّب شرح المجموع للشيرازي: (37/2)، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ، والشرح الكبير لابن قدامة : (180/4)، دار الفكر، بدون تاريخ.

([6]) هو عبادة بن الصامت بن قيس بن أصرم، الأنصاري صحابي جليل، من نقباء الأنصار، شهد العقبة الأولى والثانية، وبدراً والمشاهد كلها، وجّهه عمر إلى الشام قاضياً ومعلماً، فأقام بحمص، ثم انتقل إلى فلسطين، ومات بها في الرملة، وقيل في بيت المقدس سنة 34هـ على الراجح، وله اثنان وسبعون سنة. انظر : تهذيب الأسماء واللغات، للإمام النووي : (256/1)، طبعة إدارة الطباعة المنيرية، مصر، بدون تاريخ .

والشعير بالشعير، والتّمرُ بالتمر، والملحُ بالملح، مثلاً بمثلٍ، سواءً بسواء، يداً بيدٍ ، فإذا اختلف هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد" [1].

فحصر الظاهرية الربا في الأصناف الستة، ولم يقيسوا عليها غيرها ، وذهب الجمهور إلى أن هذه الأصناف يجري فيها الربا لوجود علّة فيها . وإن اختلفوا في تحديد هذه العلّة . فكلما وجدت علّة الربا في شيء، أثبت حكم الربا[2] .

وإضافة لما سبق، فقد نبّه الإمام أبو زهرة[3] . رحمه الله . إلى أن كثيراً من اختلاف الآراء، سببُه الاختلاف في أمزجة القائلين بها[4] .

وقد شوهد هذا الأمرُ حتى في عصر الصحابة رضي الله عنهم، ويُلمح هذا في وصيّة أبي جعفر المنصور[5] الشهيرة للإمام مالك[6] . رحمه الله . حين أمره بكتابة الموطأ فقال: "ضع للنّاس كتاباً أحملهم عليه، وتجنّب فيه شدائد ابن عمر[7]، ورخص ابن عبّاس[8]، وشواذ

([1]) مسلم بشرح النوّوي، كتاب: البيوع، باب، الربا: (14/11)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية 1392هـ1972م.

([2]) انظر : (تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي: (25/1)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1405هـ .1984م، ومختصر خليل، تصحيح وتعليق: الشيخ الطاهر أحمد الزاوي ص 194، دار إحياء الكتب العربية لعيسى الحلبي، بدون تاريخ، ومغني المحتاج لمحمد الشربيني الخطيب : (22/2) دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ، والعدة شرح العمدة لبهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، ص: 220، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ، والمحلى: (467/8 . 489)) .

([3]) سبق ترجمته .

([4]) انظر: تاريخ الجدل، ص: (9) .

([5]) هو عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس، أبو جعفر، الملقب بالمنصور، ثاني خلفاء بني العباس، توفي سنة 158هـ . انظر : مآثر الإنافة في معالم الخلافة، لأحمد بن عبد الله القلقشندي : (175/1)، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ .

([6]) سبق ترجمته .

([7]) هو عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، من أزهد الصحابة وأوعية العلم، أسلم صغيراً بمكة، وهاجر إلى المدينة، أول مشاهده الخندق، وشهد اليرموك، وفتح مصر، وإفريقية، كان كثيراً الاتباع لآثار رسول الله صلى الله عليه وسلم. انظر: أسد الغابة في معرفة الصحابة لعز الدين أبي الحسن علي بن محمد بن الأثير الجزري: (340/3)، دار الشعب، د.ت.

([8]) هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب، أبو العباس، حبر الأمة، وبحرها، اشتهر بإمامته في العلم ببركات الدعوة والنبوية له بالحكمة والفقه والتأويل، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين، وتوفي بالطائف سنة 68هـ . انظر: أسد الغابة: (290/3) .

ابن مسعود[1]، واقصد أوسط الأمور، وما اجتمع عليه الأئمة والصحابة"[2] .

ثالثاً : طبيعة النصوص الشرعية :

تنقسم مصادر الأحكام في الشريعة من حيث قوّةُ دلالتها إلى قسمين : .

1 . أدلة قطعية : وهي تلك النصوص التي وصلت إلينا بطريق قطعي، وتحمل في نفس الوقت دلالة قطعية على مضمونها. وينطبق هذا الوصف على النصوص التي وصلت إلينا بشكل متواتر، ولا تحتمل أكثر من معنى واحد، كالأمر بالصلاة في قوله تعالى : {وأقيموا الصلاة} [3] ، والنهي عن الزنا في قوله تعالى: "ولا تقربوا الزنا } [4] .

2 . أدلة ظنية : وهي تِلْكُمُ النصوص التي لم يتوفر القطع في طريق وصولها إلينا؛ كأخبار الآحاد على اختلاف أنواعها، سواء أكانت قطعية الدلالة، أو ظنيتها... أو هي تلك النصوص التي لم يتوفر القطع في دلالتها؛ كأن تدل على معنى واحد مع احتمالها لمعنى آخر، سواء أكانت قطعية الثبوت، أو ظنية[5] .

وهذا الصنف الأخير من الأدلة الشرعية هو السبب في منشأ كثير من الخلاف في المسائل والأحكام.

وإنك لتجد أن رقعة الخلاف تتسع أو تضيق، حسب قوة الاحتمال أو ضعفه في الأدلة. وأكثر الأحاديث الواردة في الفقه، تفيد الظن من حيث الثبوت والدلالة، إما لأنها أحاديث آحاد، لم تصل إلى درجة التواتر، أو لأن الاحتمال يتطرق إلى المعاني المتضمنة لها.

([1]) هو عبد الله بن مسعود بن غافل، الهُذَلي، أبو عبد الرحمن ، أحد العبادلة، لازم النبي . صلى الله عليه وسلم ، وحدّث عنه كثيراً، توفي سنة 32هـ بالمدينة، ودفن بالبقيع، شهد بدراً والمشاهد كلها، هاجر الهجرتين ، وصلى إلى القبلتين، وشهد له الرسول صلى الله عليه وسلم بالجنة، وكان . صلى الله عليه وسلم . يحب سماع قراءته بالقرآن. انظر: أسد الغابة: (384/3)، دار الشعب، بدون تاريخ .

([2]) ترتيب المدارك للقاضي عياض: (193/1) .

([3]) سورة البقرة ، الآية : 43 .

([4]) سورة الإسراء، الآية : 32 .

([5]) يرجع لمعرفة أقسام الأدلة القطعية والظنية الأربعة المعروفة من حيث الثبوت والدلالة إلى كتب الأصول ككتاب تسهيل الوصول إلى علم الأصول للمحلاّوي، ص : 17، المكتبة الصديقية، ملتان . باكستان، د.ت.

والقرآن الكريم، وإن كان قطعي الورود، فإن دلالته يكتنفها الظن والقطع[1] وأوضح هذا المعنى الإمام الزركشيّ[2] إذ قال: "واعلم أن الله لم ينصب على جميع الأحكام أدلة قاطعة، بل جعلها ظنّيّة قصداً للتوسيع على المكلّفين، لئلا ينحصروا في مذهب واحد لقيام الدليل القاطع"[3] .

رابعاً : أسباب تعود إلى رواية السنن ودرايتها :

وهذا النوع من الأسباب متعدد الجوانب ، مختلف الآثار ، وإليه ترجع معظم الاختلافات الفقهية التي وقعت بين علماء السلف .

وقد بسط العلماء فيها القول؛ كالإمام ابن تيمية[4] . رحمه الله . في كتابه "رفع الملام عن الأئمة الأعلام" ، ويكفينا أن نذكر بعضا منها للإيفاء بالغرض، وهي كما يلي:

1 . بلوغ الحديث وعدمه : فقد يصل الحديث إلى مجتهد ، فيفتي بمقتضى الحديث، وقد لا يصل إلى غيره، فيفتي بمقتضى ظاهر آية أو حديث آخر ، أو بقياس على مسألة سبق فيها من رسول الله . صلى الله عليه وسلم . قضاء، أو بمقتضى استصحاب للحالة السابقة ، أو بمقتضى أن الأصل البراءة وعدم التكليف ، أو بموجب أي وجه معتبر من وجوه الاجتهاد[5].

([1]) وهو ما قرره الونشريسي إذ قال: "جمهور مسائل الفقه مختلف فيها اختلافاً مفتدى به" (المعيار بالمعرب: (328/6) وانظر : محاضرات في الفقه المقارن، د. محمد سعيد البوطي، ص : 10 . 12، دار الفكر، دمشق، ودار الفكر المعاصر، لبنان، الطبعة الثانية 1401هـ . 1981م) .

([2]) هو محمد بن بهادر بن عبد الله بدر الدين المصري: عالم بفقه الشافعية، والأصول، تتلمذ على الإسنوى والبلقيني، ولد سنة 745هـ، وتوفي سنة 794هـ، من مصنفاته: البحر المحيط في أصول الفقه. انظر: (الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لابن حجر العسقلاني : (397/3)، طبعة دائرة المعارف، حيدر آباد . الهند، 1350هـ. وشذرات الذهب: (335/6)، والأعلام للزركلي: (286/6).

([3]) إرشاد الفحول للإمام الشوكاني : (887/3 . 888)، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، الرياض، الطبعة الأولى 1417هـ . 1997م .

([4]) هو تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحرّاني الدمشقي الحنبلي، أبو العباس، ولد في حران سنة 661هـ، وتوفي سنة 728هـ، وكان كثير البحث في فنون الحكمة، داعية إصلاح في الدين، آية في التفسير والأصول، له مؤلفات كثيرة نافعة منها الفتاوى، ودرء تعارض العقل والنقل. انظر: (وفيات الأعيان : (35/1)، والأعلام: (140/1)).

([5]) انظر: أدب الاختلاف في الإسلام ، طه جابر العلواني ، ص : 112، سلسة كتاب الأمة، رقم 9، الطبعة الأولى، بدون تاريخ .

قال الإمام ابن تيمية رحمه الله : "وهذا باب واسع يبلغ المنقول منه عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عددا كثيرا جدا[1] ، وأما المنقول منه عن غيرهم ، فلا يمكن الإحاطة به ، فإنه ألوف"[2] .

2 . ثبوت الحديث وعدمه :

قد يبلغ المجتهدَ الحديثُ ، لكنه لا يثبت عنده ؛ إما لاعتقاده عدم صحة إسناده ، لوجود مجهول، أو متهم، أو سيئ الحفظ عنده ، وإما لانقطاعه ، أو إرساله ، وإما لكونه يَشترطُ في خبر الواحد شروطا يخالفُه فيها غيره ؛ مثل اشتراط بعضهم عرض الحديث على الكتاب ، واشتراط بعضهم أن يكون المحدث فقيها إذا خالف قياس الأصول ، واشتراطهم انتشار الحديث إذا كان مما تعم به البلوى ... فيعمل بعضهم بالحديث ، لأن له طريقا صحيحا عنده ، ولا يعمل آخرون بمقتضاه؛ لعلة من العلل المذكورة ، فتختلف الأقوال[3] .

3 . غموض دلالة الحديث :

وقد تختلف أقوال العلماء بناء على معرفة دلالة حديث أو عدمها . وذلك كأن يرد لفظ

([1]) مثل سؤال أبي بكر رضي الله عنه عن ميراث الجدة الذي رواه الخمسة إلا النسائي ، وصححه الترمذي ، انظر: نيل الأوطار للشوكاني ، كتاب : الفرائض ، باب ما جاء في ميراث الجدة والجد : (175/6) ، دار الجيل، بيروت، 1973م ، وسؤال عمر رضي الله عنه في الوباء، ورجوعه إلى حديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه، انظر : (صحيح مسلم بشرح النووي ، كتاب : السلام ، باب : الطاعون والطيرة والكهانة : (29/7) ، وقصة رجوع أبي موسى رضي الله عنه عن باب عمر رضي الله عنه وسؤاله، انظر: (فتح الباري لابن حجر ، كتاب الاستئذان ، باب : التسليم والاستئذان ثلاثا : (31/23).

([2]) رفع الملام عن الأئمة الأعلام تحقيق: حسين الجميل، ص: 31، نشر مكتبة التراث الإسلامي ، القاهرة ، بدون تاريخ .

([3]) انظر: (المرجع نفسه ص : 33 ، وأدب الاختلاف في الإسلام ص: 110).

غريب في حديث؛ "كالمزابنة"[1] أو "المخابرة"[2] أو "المحاقلة"[3] ، أو الملامسة"[4] ، أو "المنابذة"[5]، أو "الغرر"[6] ، إلى غير ذلك من الكلمات الغريبة . ويمثل له بالحديث المرفوع: "لاطلاق في إغلاق"[7] ، فإنّ من العلماء من فسر "الإغلاق" بالإكراه، ومنهم من فسّره بانسداد باب العلم، أو بالغضب[8] .

4 . اختلاف طرق الحديث :

قد يصل الحديث لبعضهم من طريق بلفظ ، ويصل لمجتهد آخر بلفظ مغاير، وذلك كأن يُسقط أحدهما من الحديث لفظا لا يتم المعنى إلا به ، أو يتغير المعنى بسقوطه .

وقد يصل الحديث إلى أحد المجتهدين مقترنا بسبب وروده ؛ فيحسن فهم المراد منه، ويصل إلى آخر من غير سبب وروده ؛ فيختلف فهمه له[9] .

([1]) المزابنة لغة : المدافعة ، واصطلاحا : بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر ، وبيع العنب بالزبيب ، وبيع الزرع بالحنطة كيلا ، وهي عند بعضهم بمعنى المزارعة. انظر: (النهاية في غريب الحديث والأثر : (294/2) ، والقاموس الفقهي لسعدي أبو حبيب : ص : 158 ، طبعة إدارة القرآن ، كراتشي، بدون تاريخ) .

([2]) قيل : هي المزارعة ، وقيل أصل المخابرة من خيبر ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أقرها في أيدي أهلها على النصف من محصولها ، فقيل : خابرهم : أي عاملهم في خيبر . راجع: (النهاية : 7/2) .

([3]) المحاقلة مختلف فيها . قيل هي : اكتراء الأرض بالحنطة ، وقيل هي : المزارعة ، وقيل: بيع الطعام في سنبله بالبُرّ ، وقيل بيع الزرع قبل إدراكه . راجع : النهاية : (416/1) .

([4]) بيع كان في الجاهلية . وصورته : أن يلمس الرجل الثوب (المبيع) فيجب البيع بمجرد اللّمس دون نشره أو فحصه. ولقد نهي عنه لأنه غرر ، أو لأنه تعليق للزوم أو عدول عن الصيغة الشرعية : القاموس الفقهي : ص: 333 ، وانظر: النهاية: (269/4 . 270)) .

([5]) وهي أن يقول الرجل لصاحبه : انبذ إليّ ثوبك ، أو أنبذه إليك ، ليجب البيع . وقيل : هو أن يقول : إذا نبذتُ إليك الحصاة فقد وجب البيع ، فيكون البيع معاطاة من غير عقد، ولا يصح . راجع: النهاية : (6/5) .

([6]) بيع الغرر : ما كان له ظاهر يغرُّ المشتري ، وباطن مجهول، أو هو بيع ما لا يعلم وجوده وعدمه ، أو لا تعلم قلّته أو كثرته ، أو لا يُقدر على تسليمه، راجع: (النهاية : (355/3) والقاموس الفقهي ص : 272) .

([7]) عون المعبود ، كتاب : النكاح ، باب: في الطلاق على غلط : (261/6) .

([8]) انظر : رفع الملام ص : 40 .

([9]) انظر : أدب الاختلاف في الإسلام ، ص : 111.

5 . عدم سلامة الحديث من المعارض:

وقد يثبت الحديث عند مجتهد ، ولكنه يعتقد أنه مُعارَض بما هو أقوى منه؛ فيرجّح الأقوى، أو لا يتضح له أقوى الدليلين؛ فيتوقف في الحكم حتى يجدَ مرجِّحا.

وقد يعثر مجتهد على ناسخ لحديث، أو مخصصٍ لعامه، أو مقيِّدٍ لمطلقه، ولا يطّلع غيرهُ من المجتهدين على شيء من ذلك ؛ فتختلف مذاهبُهما[1].

خامسا : أسباب تعود إلى القواعد الأصولية وبعض مصادر الاستنباط:

من المسلّمِ به عند أهل العلم أن أنظار العلماء المجتهدين اختلفت في حجّية بعض المصادر، وضوابط الاستنباط . ونجم عن هذا الخلاف في الأصول ، اختلافٌ واسعٌ في الفروع الفقهية .

فمن المجتهدين من اعتبر حجية عمل أهل المدينة؛ كمالك دون غيره ، ومنهم من ترك العمل بمفهوم المخالفة؛ كالحنفية، بينما عمل به الجمهور، ومنهم من يرى أن مذهب الصحابي حجّة ، ويرى غيرُهم أن الحُجة فيما روى لا فيما رأى، ومنهم من يستصحب الحال، أو يعتبر شرع من قبلنا ، أو يستدلّ بسد الذّرائع ، ومنهم من يخالف في ذلك ...

وفيما يلي نموذجٌ يُوَضح أثر الخلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء :

اختلافهم في حجية مفهوم المخالفة:

ومفهوم المخالفة عند الأصوليين هو : "دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت"[2] .

قال الشوكاني[3] : "هو حيث يكون المسكوت عنه مخالفا للمذكور في الحكم ، إثباتا ونفيا، فيثبت للمسكوت عنه نقيض حكم المنطوق به ، ويسمى دليل الخطاب؛ لأن دليله من

([1]) انظر : (رفع الملام ، ص : 48 . 49 ، وأدب الاختلاف في الإسلام ، ص : 112) .

([2]) تيسير التحرير لمحمد أمين البخاري الشهير بأمير باد شاه الحنفي: (898/1) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بدون تاريخ .

([3]) هو محمد بن علي الشوكاني ، فقيه مجتهد ، من علماء اليمن . ولد سنة 1173هـ، وتوفي بصنعاء سنة:1250هـ، وله تصانيف منها : فتح القدير في التفسير، انظر : الأعلام 190/7 .

جنس الخطاب، أو لأن الخطاب دالّ عليه".[1]

ومثاله : قول الرسول صلى الله عليه وسلم : "مطل الغني ظلم"[2] ؛ فيؤخذ من مفهومه المخالف: أن تأخير المعسر لوفاء الدين لا يعتبر ظلما .

وبناء عليه اختلف العلماء في صحة الاحتجاج بمفهوم المخالفة إلى رأيين اثنين هما:

الأول : هو رأي الجمهور القائل بصحة الاحتجاج به بشروط خاصة .

الثاني : هو رأي الحنفية، وبعض العلماء، كابن حزم القائل بعدم صحة الاحتجاج به[3].

ونشأ من الخلاف في هذا الأصل، اختلافٌ غيرُ يسير في المسائل الفقهية. ومن ذلك ما يلي :

اختلف العلماء في حكم الزواج من الأمة الكتابية، والأمة المسلمة مع استطاعته الزواج من الحرّة .

فقال الجمهور : إن الزواج من الأمّة مشروطٌ؛ بعدم استطاعة الزواج من الحرّة ، أخذا من المفهوم المخالف، المقتبس من قوله تعالى : {ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات} [4] .

وقال الحنفية . بناء على أصلهم . بجواز الزواج من الأمة، مع استطاعة الزواج من الحرة[5].

([1]) إرشاد الفحول : (599/2) .

([2]) فتح الباري ، كتاب الإستقراض ، باب : مطل الغني ظلم : 136/10 .

([3]) انظر : تيسير التحرير : (100/1)، وإرشاد الفحول: (602/2)، والإحكام في أصول الأحكام : (2/7) ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، الطبعة الأولى ، إدارة الطباعة المنيرية ، مصر، 1347هـ . 1927م .

([4]) سورة النساء : الآية 25 .

([5]) انظر : (تحفة الفقهاء للسمرقندي : (127/1) ، والمدونة الكبرى : (205/2) نشر مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر ، 1323هـ ، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، لشمس الدين الرّملي : (276/6 . 282) ، نشر المكتبة الإسلامية ، للحاج رياض الشيخ ، بدون تاريخ ، والمغني لابن قدامة : (596/6) .

سادسا : أسباب ترجع إلى الجمع والترجيح بين النصوص :

قد تتعارض ظواهر بعض النصوص الشرعية الظنية . إذ لا تعارض بين القطعيات . فيختلف العلماء في الجمع بين ظواهرها ، والتوفيق بين معانيها ، أو في ترجيح بعضها على بعض، مما ينتج عنه اختلاف في الأحكام الشرعية .

"والتعارض لغةً : التمانع بطريق التقابل، تقول عرض لي كذا، إذا استقبلك بما يمنعك مما قصدته، وسمّي السحاب عارضا لمنعه شُعاعَ الشمس وحرارتها" .

وهو اصطلاحاً : "اقتضاء كُلٍّ من الدليلين عدم مقتضى الآخر"[1] .

والنصوص إنما تتعارض ظاهرا بالنسبة لفهم المجتهد ومداركه العلمية ، أما حقيقة فلا تعارض في الشريعة الغرّاء[2] .

وعليه، فقد اختلفت مناهج العلماء في طريقة رفع التعارض بين النصوص . وإليك ملخصا لكلٍّ من منهج الجمهور، ومنهج الحنفية في ذلك :

أ . **منهج الجمهور**: ذهب الجمهور إلى أن حكم التعارض بين الأدلة الشرعية كما يلي:

أولا : الجمع بين المتعارضين بضرب من التأويل المستساغ .

ثانياً : فإن تعذّر الجمع ، أو أمكن ولكن بتأويل متكلف بعيد، صيرَ إلى الترجيح إذا وجد ثمّة مرجّحُ .

ثالثاً : فإن تعذّر الجمع والترجيح ، وعُلم النص المتقدم من المتأخّر حُكمَ بالنسخ .

رابعاً : فإن تعذر ما سبق ، وتساوا الدليلان المتعارضان من كل وجه، حُكمَ بتساقطهما، ولُجأ إلى القول بالبراءة الأصلية ، على فرض أنّ الدليلين غيرُ موجودين [3] .

ب . مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية إزاء التعارض بين الأدلة إلى اتحاذ الخطوات التالية:

أولاً : إن عُلم اختلاف التأريخ بينهما، كان المتأخر ناسخا للمتقدم.

ثانياً : إن لم يُعلم التأريخ، وكان لأحدهما فضل يرجح به على الآخر، عُمِلَ بالترجيح.

([1]) التحرير مع تيسير التحرير : (136/3) .

([2]) راجع : حجة الله البالغة ، لشاه ولي الله الدهلوي : 138/1 المكتبة السلفية، لاهور ، بدون تاريخ .

([3]) انظر : التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية ، لعبد اللطيف عبد الله البرزنجي : (167/1) ، دار الكتب العلمية، بيروت . الطبعة الأولى ، 1413هـ . 1993م .

ثالثاً : فإن لم يعلم بالتأريخ ، ولم يوجد مرجح، وأمكن الجمع بينهما بما يدفع التعارض، عمل بذلك.

رابعاً : فإن تعذر ذلك، ترك العمل بالدليلين، وصير إلى العمل بالأدنى مرتبة؛ كأن يتعارض كتابان فيتركان ، ويعمل بالسنة ، أو تتعارض سنتان فتتركان ، ويعمل بالقياس، وهكذا إذا تعارض قياسان ، فإن وجد المجتهد الفضل في أحدهما عمل بالترجيح، فإن لم يجد مرجحا، كان مخيّرا في العمل بأيهما شاء، وإذا أخطأ فهو معذور، وإذا تعارض كل ما ذكر بالكلية، تساقط المتعارضان، وحكم بالأصل، أي عمل بما كان عليه حكم المسألة قبل ورود الدليلين[1].

إذن تبيّن مما سبق أن الجمهور يقدّمون الجمع على الترجيح ، وأن الحنفية يقدّمون الترجيح على الجمع .

يقول الشوكاني[2] . رحمه الله .: "ومن شروط الترجيح التي لابد من اعتبارها ألا يمكن الجمع بين المتعارضين بوجه مقبول ، فإن أمكن ذلك تعين المصير إليه ، ولم يجز المصير إلى الترجيح"[3].

وفي المقابل يقول الكمال بن الهمام[4] . رحمه الله . : حكمه [أي التعارض] النسخ إن علم ا لمتأخر، وإلاّ فالترجيح، ثم الجمع ، وإلاّ تركا إلى ما دونهما"[5] .

"وباب الجمع والترجيح باب دقيق، يتجلى فيه تفاوت الأفهام ، وعمق الأنظار ، إذ قد

([1]) انظر : أصول الفقه للسرخسي : (13/2) ، تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، دار المعرفة ، بيروت ، بدون تاريخ .

([2]) سبق ترجمته .

([3]) إرشاد الفحول : (894/3) .

([4]) هو كمال الدين بن عبد الواحد المعروف بان الهمام الحنفي: عارف بأصول الديانات والتفسير والفقه، ولد سنة 790هـ بالإسكندرية، وتوفي بالقاهرة سنة 861هـ . من مؤلفاته : شرح فتح القدير على الهداية ، والتحرير في أصول الفقه . انظر : الأعلام : (134/7 . 135) .

([5]) تيسير التحرير : (137/3) .

يهتدي فيه مجتهد إلى مأخذ لم يلحظه غيره ، أو يقتنع بوجهة لا يوافقه عليها الآخرون"[1] . ولهذا نجم عن الاختلاف فيه ، اختلاف كبير في المسائل الفقهية .

وأمر التعارض كثيرٌ في الشريعة الإسلامية ، وإليك مثالا عنه :

اختلاف العلماء في قراءة المأموم الفاتحة خلف الإمام :

أ . ذكر ابن رشد الحفيد[2] . رحمه الله . أن هنالك أحاديث يدل ظاهرها على وجوب قراءة المأموم الفاتحة منها :

1 . قوله صلى الله عليه وسلم : "لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب"[3] .

2 . حديث عبادة بن الصامت[4] . رضي الله عنه . قال : صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الغداة ، فثقلت عليه القراءة ، فلما انصرف قال : "إني لأراكم تقرأون وراء الإمام" ، قلنا: نعم ، قال : "لا تفعلوا إلا بأم القرآن"[5] .

ب . وأحاديث أخرى يمنع ظاهرها من قراءة المأموم للفاتحة منها :

1 . قوله صلى الله عليه وسلم : "هل قرأ معي منكم أحدٌ آنفا ؟ فقال رجل نعم ، أنا يا رسول الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إني أقول ما لي أُنازَعُ القرآن" ، فانتهى الناس عن القراءة فيما جهر فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم"[6] .

([1]) دراسات في الاختلافات الفقهية ، د. محمد أبو الفتح البيانوني ، ص: 48، دار السلام . المدينة المنورة ، الطبعة الثالثة ، 1405هـ . 1985م .

([2]) هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد ، أبو الوليد، قاضي الجماعة بقرطبة ، وأحد علماءها الأعلام، الذي كان له باع طويل في الأصول والكلام إضافة إلى غيرها من العلوم، من تصانيفه : "مختصر المستصفى" ، والكليات في الطب، "والضروري في العربية" : توفي سنة 595هـ . انظر : (شذرات الذهب (320/4)، والفكر السامي في تاريخ الفكر الإسلامي ، لمحمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاي : (267/4)، دار الكتب العلمية ، بيروت، الطبعة الأولى، 1416هـ . 1995م) .

([3]) تحفة الأحوذي ، كتاب : الصلاة ، باب : ما جاء في القراءة خلف الإمام : (226/3 . 337) ، قال الترمذي : حديث عبادة حديث حسن .

([4]) سبق ترجمته .

([5]) انظر: عون المعبود، كتاب : الصلاة ، باب : من ترك القراءة في صلاته بفاتحة الكتاب : (44/3)، وفيه صلاة الفجر بدل صلاة الغداة مع اختلاف في بعض الألفاظ .

([6]) الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي للإمام مالك، عن أبي هريرة رضي الله عنه كتاب: الصلاة، باب : ما جاء في ترك القراءة خلف الإمام فيما يجهر فيه، ص: 68 ، دار النفائس ، بيروت ، الطبعة السادسة، 1402هـ . 1982م.

2 . حديث جابر رضي الله عنه[1] عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "من كان له إمام فقراءته له قراءة"[2] .

ثم علّق ابن رشد . رحمه الله . على ذلك فقال : "فاختلف الناس في وجهة جمع هذه الأحاديث ؛ فمن الناس من استثنى من النهي عن القراءة فيما جهر به الإمام قراءةَ أمّ القرآن فقط [اعتمادا] على حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه[3]، ومنهم من استثنى من عموم قوله . صلى الله عليه وسلم .: "لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب[4]" المأمومَ فقط في صلاة الجهر ؛ لمكان النهي الوارد عن القراءة فيما جهر به الإمام في حديث أبي هريرة[5] . رضي الله عنه . ، وأكد ذلك بظاهر قوله تعالى : {وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون } [6] قالوا: وهذا إنما ورد في الصلاة.[7]

ومنهم من استثنى القراءةَ الواجبة على المصلي المأمومَ فقط ، سراً كانت الصلاة أو جهراً ، وجعل الوجوب الوارد في حق الإمام والمنفرد فقط مصيرا إلى حديث جابر ، وهو

([1]) هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الخزرجي الأنصاري السلمي ، أبو عبد الله : من مشاهير الصحابة، شهد بدرا، وقيل لم يشهد بدرا وأحدا، وشهد ما بعدهما ، وشهد صفين . كان رضي الله عنه من المكثرين الحفاظ، له ولأبيه صحبة ، كف بصره في آخره عمره . توفي سنة 74هـ، وله أربع وتسعون سنة . انظر: تهذيب الأسماء واللغات للنووي: (142/1)، وشذرات الذهب: (84/1)) .

([2]) مصنف ابن أبي شيبة ، كتاب : الصلوات ، باب : من كره القراءة خلف الإمام : (377/1) ، طبعة إدارة القرآن، كراتشي ، 1406هـ . 1987م .

([3]) وهذا مذهب الشافعية ، انظر : مغني المحتاج : (156/1) .

([4]) سبق تخريجه آنفاً .

([5]) هو عبد الرحمن بن صخر الدوسي: من أجلّة الصحابة، وأكثرهم حفظاً، رواية للحديث، أسلم عام خيبر، سنة 7هـ، ولازم صحبة رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ فروى عنه 5374 حديثاً، أفتى في زمن عمر بن الخطاب، وكان عاملاً على البحرين مدّة، وكان أكثر مقامه بالمدينة التي مات فيها سنة 59هـ . انظر: تهذيب الأسماء واللغات : (270/2) .

([6]) سورة الأعراف : الآية : 204 .

([7]) وهؤلاء هم المالكية والحنابلة انظر : (الخرشي على مختصر خليل : 269/1 ، دار الفكر ، بدون تاريخ ، والمغني: (563/1)) .

مذهب أبي حنيفة[1] . رضي الله عنه .، فصار عنده حديث جابر مخصصا لقوله عليه الصلاة والسلام : "اقرأ ما تيسر معك"[2] فقط ؛ لأنه لا يرى وجوب[3] قراءة أم القرآن في الصلاة ، وإنما يرى وجوب القراءة مطلقا[4]..."[5].

سابعا : عدم وجود نص في المسألة :

من الثابت أن النبي . صلى الله عليه وسلم . انتقل إلى الرفيق الأعلى ، وثمة بعض المسائل لم ينص على حكمها، والنصوص محدودة، والمسائل أو القضايا غير متناهية ؛ يلتقي بعضها مع بعض تارة ، ويختلف بعضها عن بعض اختلافا بينا .

إن وجود هذه الظاهرة هو الذي حدا بأبي بكر[6] رضي الله عنه إلى أن يجمع فقهاء الصحابة كلما حدثت حادثة من هذا القبيل ؛ فيتشاور هؤلاء ، ويدلي كلّ برأيه ، حتى يجدوا لها حكما ، إما بقياس ، أو مصلحة، أو غير ذلك ، فإذا اتفقوا على أمرٍ قضى به[7] .

([1]) هو الإمام الأعظم النعمان بن ثابت الفارسي الكوفي، صاحب المذهب المعروف، وهو من أتباع التابعين، وقد أدرك أربعة من الصحابة، أخرج له النسائي في السنن، والبخاري في جزء القراءة، والترمذي في الشمائل، وله مسند مدون، ووثقه ابن معين في خلاصة تذهيب التهذيب. قال ابن خلدون في المقدمة: وحاشاه أن يكون جاهلاً بالسنة، وإنما الذي نفاه عياض الإمامة فيها. من آثاره : الفقه الأكبر، ولد سنة 80هـ، وتوفي سنة 150هـ ببغداد. راجع: (الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لمحي الدين عبد القادر بن أبي الوفاء: (26/1)، مكتبة آرام باغ، كراتشي، بدون تاريخ، وتاريخ بغداد: (323/13)، والفكر السامي للحجوي: (140/2)) .

([2]) فتح الباري، في أبواب صفة الصلاة، باب: وجوب القراءة للإمام والمأموم في الصلوات كلها: (149/4) .

([3]) المراد بالوجوب هنا الفرضية وهذا على رأي الجمهور بخلاف الحنفية الذين يرون أن الواجب هو ما ثبت بدليل ظني دون الفرض الذي ثبت بدليل قطعي . انظر : التقرير والتحبير لابن أمير الحاج : (80/2) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية ، 1403هـ . 1983م .

([4]) انظر: تحفة الفقهاء: (127/2) .

([5]) بداية المجتهد ونهاية المقتصد : (289/1) مكتبة نزار مصطفى الباز ، مكة المكرمة . الرياض ، 1415هـ . 1995م ، تحقيق مجموعة من الباحثين .

([6]) هو عبد الله بن عثمان أبي قحافة بن عامر التيمي، خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم . وصاحبه في الغار والهجرة، أفضل البشر بعد الأنبياء، وهو غني لشهرته عن التعريف، توفي سنة 13هـ. انظر: أسد الغابة: (308/3) .

([7]) راجع : أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء ، ص : 111 ، د. مصطفى سعيد الخن، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة ، 1402هـ . 1982م .

لقد كان لهذه الظاهرة . ظاهرة عدم وجود النص . أثرٌ كبير في اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فمن بعدهم في عديد من المسائل الفقهية ، سأذكر واحدة منها على سبيل المثال:

ميراث الجد مع الإخوة :

ميراث الجد مع الإخوة مسألة عرضت للصحابة بعد وفاة الرسول . صلى الله عليه وسلم . ، ولم يكن له فيها قضاء ، لذلك اختلفت أنظارهم ، وتشعبت فيها آراؤهم. ولقد كان الخلاف من القوة والحيرة أن دفع عمر بن الخطاب[1] . رضي الله عنه . إلى القول: "ثلاث أيها الناس وددت أن رسول الله . صلى الله عليه وسلم . لم يفارقنا حتى يعهد إلينا فيهن عهداً ننتهي إليه : الكلالة[2] ، والجد ، وأبواب من الربا"[3] .

ولقد آل الخلاف إلى ظهور رأيين متباينين، انضم إلى كل رأي فريق من الصحابة، وكلا الرأيين يدور حول المعنى الذي يعتبر سببا للميراث ، وهو القرب والجزئية، بالنسبة للمتوفى وورثته.

الرأي الأول : يرى أصحاب هذا الرأي[4] أن الجد أولى من الإخوة في الميراث ، فإذا وجد معهم حجبهم ؛ فلا يبقى لواحد منهم حظ في الميراث ، لأن الجد أقرب إلى الميت منهم؛ لأنه أب ، فيحجب الإخوة كما يحجبهم الأب ، ولقد سماه القرآن الكريم أباً في كثير من الآيات، كقوله تعالى : {ملة أبيكم إبراهيم} [5].

الرأي الثاني: ويرى أصحاب هذا الرأي[6] أن الأخوة والجد كلاهما يرث ؛ لأنهما يتساويان في درجة القرب ، إذ كلاهما يدلي إلى الميت عن طريق الأب .

([1]) هو عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي، أبو حفص، ثاني الخلفاء الراشدين، وأول من لقب بأمير المؤمنين، صاحب الفتوحات الإسلامية، أعزّ الله به الإسلام. ولد سنة 40 ق.هـ، وقتل شهيداً . رضي الله عنه . سنة 23هـ ، انظر: (أسد الغابة (145/4)، والأعلام: (203/5)) .

([2]) الكلالة: أن يموت المرء، وليس له والد، أو ولد يرثه، بل يرثه قرابته : القاموس الفقهي، سعدي أبو حبيب، ص: 324.

([3]) السنن الكبرى للبيهقي : كتاب الفرائض ، باب : التشديد في الكلام في مسألة الجد مع الإخوة (245/6) ، دار الفكر، بدون تاريخ .

([4]) وهو رأي أبي بكر وابن عباس وابن الزبير ومعاذ بن جبل وأبي موسى ، وأبي هريرة وعائشة ، وجمع من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين .

([5]) سورة الحج الآية : 78 .

([6]) وهو رأي علي وعمر وزيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم أجمعين.

وبناء عليه، اختلف الفقهاء من بعدهم؛ فذهبت الشافعية ، والمالكية ، وأحمد في أصح الروايتين عنه ، وبعض الحنفية ؛ إلى أن الإخوة يرثون مع الجد . وذهب بعض الحنفية، وهو رأي الإمام أبي حنيفة[1] ، وذهب الإمام أحمد[2] في رواية عنه إلى أن الجد يحجب الإخوة[3]. ولكلّ من الفريقين . كمن من سبقهم من الصحابة . مستنده من الرأي، المستند إلى روح التشريع"[4].

ثامنا : اختلاف القراءات :

قد تَرِدُ عن رسول الله . صلى الله عليه وسلم . قراءات بطرق متواترة ، ؛ فيكون ورودها سبباً للاختلاف في الأحكام المستنبطة. من ذلك المثال المشهور وهو :

الاختلاف في فرض القدمين في الوضوء أهو الغسل أم المسح ؟

قال الله تعالى : {يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم إلى الكعبين } [5] .

فقد قرأ بعضهم: {وأرجلَكم} بالنصب ، بينما قرأ غيرهم {وأرجلِكم} بالخفض[6]، وبحسب هذه القراءات اختلف الصحابة والتابعون [7].

ولقد أخذ جمهور العلماء بقراءة النصب ، فذهبوا إلى أن فرض الرجلين الغسل دون المسح، وأيدوا ما ذهبوا إليه بأمور :

أولها : أحاديث وردت عن رسول الله . صلى الله عليه وسلم . في غسل القدمين، منها الحديث الذي رواه عبد الله بن عمر[8] . رضي الله عنهما . قال : "تخلف عنا رسول الله . صلى الله

([1]) سبق ترجمته .

([2]) هو أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال الشيباني، المروزي ، ثم البغدادي، أبو عبد الله، إمام في الحديث والفقه، وصاحب المذهب الحنبلي، الناصر للدين، والمناضل عن السنة، والصابر في المحنة، ولد سنة : 164هـ، وتوفي سنة 241هـ . انظر: (تاريخ بغداد : (412/4)، وشذرات الذهب: (96/2)) .

([3]) انظر : (المبسوط للسرخسي (180/29) ، والمعونة (681/3) ، ونهاية المحتاج (24/6) ، والمغني 218/6)) .

([4]) انظر : أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء ، د. مصطفى سعيد الخن ، ص : 111 .

([5]) سورة المائدة الآية : 6 .

([6]) يمثل قراءة النصب نافع وابن عامر والكسائي، بينما يمثل قراءة الجر ابن كثير، أبو عمرو، وحمزة .

([7]) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : (91/6) .

([8]) سبق ترجمته .

عليه وسلم . في سفرة ، فأَدْرَكَنا وقد أَرْهَقْنا[1] العصر ، فجعلنا نتوضأ ونمسح على أرجلنا ، قال : فنادى رسول الله . صلى الله عليه وسلم . بأعلى صوته : ويلٌ للأعقاب من النار ، مرتين أو ثلاثا"[2] .

ثانيها : إن الثابت من فعل الرسول . صلى الله عليه وسلم . في الوضوء غسل القدمين، أو المسح على الخفين .

ثالثها : إن الله حد الرجلين إلى الكعبين . كما قال في اليدين إلى المرفقين . فدل على وجوب غسلهما كاليدين .

رابعها : تأول الجمهور قراءة الجرّ بوجوه منها :

1 . إنه معطوف على الأيدي ، وإنما خُفِضَ للجوار ، كما تفعل العرب .

2 . إنه عطف على اللفظ دون المعنى ، كما تقول العرب : أكلت الخبز واللبن أي: وشربت اللبن.

واعتمد الإمامية من الشيعة قراءة الجرّ ، فذهبوا إلى أن الفرض مسح الرجلين ، وأولوا قراءة النصب، بأنها عطف على محل الجر والمجرور ، أو أن الباء زائدة، والأرجل معطوفة على محل الرؤوس المنصوب.[3]

وذهب ابن جرير الطبري[4] إلى أن المتوضئ مخيرّ بين الغسل والمسح، اعتماداً على اختلاف القراءات، وعلى ما ورد في ذلك من آثار[1] .

([1]) أي أخرناها حتى دنا وقت الأخرى ، انظر : المعجم الوسيط : (378/1) .

([2]) صحيح البخاري ، تحقيق : د. مصطفى ديب البُغا ، كتاب : الوضوء ، باب : غسل الرجلين ، ولا يُمسح على القدمين : (72/1) .

([3]) انظر : (وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة لمحمد بن الحسن الحر العاملي: (294/1 . 297) ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، بدون تاريخ ، وفقه من لا يحضره الفقيه لأبي جعفر الصدوق محمد بن بابوية القمي: (28/1)، دار الكتب الإسلامية ، طهران ، 1390هـ. ق).

([4]) هو محمد بن جرير بن يزيد الطبري ، أبو جعفر ، أحد الأئمة الأعلام، كان مفسراً ، ومقرئا ، ومحدثاً ، ومؤرخا، وفقيها ، وأصولياً مجتهداً، ولد بآمل طبرستان في آخر سنة: 224هـ . وتوفي ببغداد سنة 310هـ . من تصانيفه : جامع البيان ، وتاريخ الأمم والملوك ، واختلاف الفقهاء ... الخ انظر: (سير أعلام النبلاء، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي: (267/4)، أشرف على تحقيقه وخرّج حديثه شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، 1402هـ . 1982م، وتاريخ بغداد : (162/2)) .

أنواع الخلاف :

تنقسم أنواع الخلاف إلى قسمين رئيسيين : أولهما : أنواع الخلاف من حيث هو؛ ويشمل الخلاف المذموم، والخلاف الممدوح، والاختلاف السائغ . وثانيهما: أنواع الخلاف من حيث الظاهر؛ ويشمل الاختلاف في العبارة ، واختلاف التنوع، واختلاف التّضاد .

أ . أنواع الخلاف من حيث هو : إن استقراء نصوص الشريعة وأحوالها المختلفين تبين أن الخلاف من حيث هو ثلاثة أنواع : اختلاف مذموم ، واختلاف ممدوح، واختلاف سائغ، وهي كما يلي:

أولاً : الاختلاف المذموم : وهو أنواع كثيرة سنوجزها فيما يلي :

1 . **خلاف الكفر:**

وهو أقبح هذه الأنواع ، حيث ينقسم الناس إلى مؤمن بالله، وكافر به . وإلى هذا أشار القرآن الكريم بقوله : {هذان خصمان اختصموا في ربهم} [2] . قال ابن كثير[3] : المقصود

([1]) قال الحافظ في الفتح: لم يثبت عن أحد إلا عن عليّ وابن عباس وأنس، وثبت رجوعهم عن ذلك. وادعى الطحاوي وابن حزم أن المسح منسوخ. قال الشوكاني: السنة مداومته . صلى الله عليه وسلم . على الغسل، ولم يثبت المسح عنه من وجه صحيح. انظر: (جامع البيان : (130/4 . 131) ، دار الفكر، بيروت ، 1408هـ . 1988م، ونيل الأوطار: (185/1)، طبعة البابي الحلبي، الطبعة الثانية، 1371هـ . 1952م) .

([2]) سورة الحج الآية : 19 .

([3]) هو إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي، البصري، ثمّ الدمشقي، أبو الفداء، عماد الدين: حافظ، مؤرخ، وفقيه، نشأ في ظل دولة المماليك، وشهد هجوم التتار، والحروب الصليبية. من آثاره: البداية والنهاية، والباعث الحثيث إلى معرفة علوم الحديث. توفي . رحمه الله . سنة 774هـ. انظر: (البدر الطالع: (153/1)، وشذرات الذهب: (231/6)، والدرر الكامنة: (383/1)) .

بقوله تعالى { هذان خصمان} هم المؤمنون والكافرون [1] .

2 . خلاف أهل الأهواء والبدع من المنتسبين إلى الإسلام:

سمي أهل الأهواء كذلك؛ نسبة إلى الهوى الذي يدفعهم إلى مخالفة الحق بتأويلات فاسدة؛ كالخوارج الذين تأولوا القرآن حسب هواهم ، وخرجوا من جماعة المسلمين ، واستحلوا دمائهم. وسمي أهل البدع كذلك؛ لما يحدثونه في الدين مما لم يشرعه الله ورسوله ، ولذلك يقعون في مخالفة الشرع .

3 . ما يقع بين المقلدين للمذاهب الإسلامية من الخلاف :

ويحملهم على ذلك؛ بأن قول متبوعهم هو الحق ، وأن ما يخالفه باطل قطعاً ، ثم يرتبون على ذلك نتائج خطيرة، مفرقة للكلمة؛ كعدم الصلاة خلف من يخالفهم في المذهب، وربما تجاوز ذلك إلى الخصومات والمشاجرات .

4 . ما يقع بين المقلدين وغيرهم من منكري التقليد من الخلاف:

فقد يترك المقلد شيئاً جاءت به السّنة لأن مذهبه لم يقل به ، مثل رفع اليدين في الصلاة عند الركوع، فينكر عليه متبع السنة، فلا يقبل المقلد كلامه محتجا بمذهبه ، فيشتد عليه متّبع السنة ويغلظ عليه، وربما عاداه وقاطعه . والقائم بهذه السنة محسن قطعاً ، وتاركها معذور لجهله ، ولا يستدعي الأمرُ بالسنة، الإنكار الشديد؛ كالإنكار على مرتكب الحرام ، وإنما يقتضي التلطف في النصح والبيان.

5 . الاختلاف في ألفاظ من تفسير القرآن فيما لا مستند له من النقل:

وهذا النوع من الاختلاف لا طائل من وراءه ، والكلام فيه من فضول القول، وأما ما يحتاج المسلمون إلى معرفته، فإن الله نصب على الحق فيه دليلاً. ومثاله : اختلافهم في أصحاب الكهف ، وفي البعض الذي ضرب به موسى من البقرة، ومقدار سفينة نوح ، ونحو ذلك.

([1]) وهو قول الزمخشري، واختيار الطبري والرازي. راجع: (تفسير القرآن العظيم: (222/3)، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ . 1986م، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل: (152/3)، دار الكتاب العربي، بيروت ، بدون تاريخ ، وجامع البيان عن تأويل آي القرآن: (133/10)، دار الفكر، بيروت، 1408هـ . 1988م. ومفاتيح الغيب: (152/6 . 153)، دار الفكر ، بيروت ، 1398هـ . 1978م) .

فهذه الأمور، طريق العلم بها النقل، فما كان من هذا منقولاً نقلاً صحيحاً ، كاسم صاحب موسى أنه الخضر فهذا معلوم ، وما لم يكن كذلك ، بل كان مما يُنقل عن أهل الكتاب ككعب[1] ووهب[2] ، فهذا لا يجوز تصديقه، ولا تكذيبه، إلا بحجة[3] .

وقد قرر العلماء أن الخوض فيما لا ينبني عليه عمل، ليس مستحسنا شرعاً، بل هو من فعل الفلاسفة، المخالفين للسنة، والمبتعدين عن جادة الصواب[4] .

6 . الخلاف بين المتفقهة والمتصوفة :

فالأولى قد تنكر على الثانية كل ما تدعيه من أحوال القلوب ولزوم تزكيتها، والثانية قد تنكر على الأولى تمسكها بالظاهر، وعدم اهتمامها بالباطن ، وقد لا تقيم وَزناً لمسلك المتفقهة . وهذا الخلاف بين الطرفين على هذا النحو يؤدي غالباً، إلى التفرق المنهي عنه شرعاً.[5]

ثانياً : الاختلاف الممدوح :

من الخلاف الممدوح شرعاً، مخالفة المسلمين للمشركين في اعتقاداتهم الباطلة ، وأحوالهم، وعاداتهم الظاهرة.

([1]) هو كعب بن مانع الحميري ، أبو إسماعيل ، يعرف بكعب الأحبار ؛ لأنه كان على دين يهود، ثم أسلم على ما يبدو في أيام عمر . رضي الله عنه . ، فقدم المدينة ، ثم خرج إلى الشام، فسكن حمص حتى توفي بها سنة 32هـ. وقد عده ابن سعد من أصحاب الطبقة الثانية من تابعي أهل الشام . انظر : (تهذيب التهذيب لابن حجر : (440.438/8) ، مطبعة مجلس دار المعارف النظامية، الهند ، الطبعة الأولى ، 1327هـ ، وطبقات ابن سعد: (445/7 . 446) ، دار صادر ، بيروت ، 1405هـ ، 1985م) .

([2]) هو وهب بن منبه اليماني الصنعاني الذماري أبو عبد الله، له معرفة بأخبار الأوائل ، وقيام الدنيا، وأحوال الأنبياء، وسير الملوك، وعده العجلي، وأبو زرعة والنسائي وابن حبان من الثقات ، وروى له البخاري حديثاً واحدا عن أبي هريرة . رضي الله عنه . ، وهو : "ليس أحد أكثر مني حديثاً إلا عبد الله بن عمرو بن العاص فإنه كان يكتب ولا أكتب" . وقيل توفي سنة : 110هـ ، وقيل : 114هـ ، و 116هـ وعمره تسعون سنة رحمه الله تعالى . انظر: (تهذيب التهذيب: (166/11 . 168) ، ووفيات الأعيان : (35/6 . 36) .

([3]) راجع: مجموع الفتاوى لا بن تيمية : (123/19) .

([4]) انظر: (الموافقات : (31/1 . 38) .

([5]) انظر : مجموعة بحوث فقهية، د. عبد الكريم زيدان ، ص : 282 ، مؤسسة الرسالة ، 1402هـ . 1982م.

قال الإمام ابن تيمية[1] . رحمه الله . : "دلت نصوص الكتاب والسنة ، فضلاً عن إجماع العلماء، على الأمر بمخالفة الكفار ، والنهي عن مشابهتهم في الجملة ، سواء أكان ذلك على وجه الإلزام، أو على وجه الاستحباب"[2] .

ثم بين . رحمه الله . ما يترتب على المشابهة من المفسدة ، وما تفضي إليه المخالفة من المصلحة، وليس هنا مجال بسطها[3] .

وفي هذا الصّدد ، نهى النبي . صلى الله عليه وسلم . عن الصلاة وقت طلوع الشمس، ووقت الغروب[4] ، معلِّلاً ذلك بسجود الكفار لها في هذا الوقت؛ فسداً للذريعة، وحسما لمادة المشابهة ، جاء هذا النهي ، وإن لم يقصد المسلمون ذلك[5] .

كذلك نهى النبي . صلى الله عليه وسلم . عن اتباع سَنَنِ الكافرين، وخصوصاً اليهود والنصارى في غير ما مناسبة حيث قال : "ليس منا من ضرب الخدود ، وشق الجيوب ، ودعا بدعوى الجاهلية"[6] . وقال . صلى الله عليه وسلم . "...ألا ومن كان قبلكم كانوا يتخذون قبور أنبيائهم وصالحيهم مساجد ، ألا فلا تتخذوا القبور مساجد ، إني أنهاكم عن ذلك"[7] .

وقال . صلى الله عليه وسلم . "فصل ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب : أُكلة السحر"[8] . وأكّد النّبي . صلى الله عليه وسلم . النهي عن التَّشبه فقال : "من تشبه بقوم فهو منهم"[9] .

([1]) سبق ترجمته .

([2]) اقتضاء الصراط المستقيم : (82/1) مطبعة العبيكان ، الرياض ، تحقيق: د. نصر بن عبد الكريم العقل، الطبعة الأولى، 1404هـ

([3]) انظر : المرجع نفسه (79/1 . 81) .

([4]) انظر: صحيح البخاري ، كتاب : مواقيت الصلاة ، باب : لا يتحرى الصلاة قبل غروب الشمس : (212/1) .

([5]) انظر : اقتضاء الصراط المستقيم : (190/1 . 192) .

([6]) صحيح البخاري ، كتاب : الجنائز ، باب : ليس منا من ضرب الخدود : (436/1) .

([7]) صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب: المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن بناء المساجد على القبور : (13/5).

([8]) صحيح مسلم بشرح النووي ، كتاب : الصيام ، باب : فضل السحور : (207/7) .

([9]) عون المعبود ، كتاب : اللباس ، باب : لباس بشهرة : (72/11) وقال ابن تيمية : "وهذا إسناد جيد" اقتضاء الصراط لمستقيم : (236/1) .

وقد يحمل هذا على التشبه المطلق ، فيوجب الكفر ، ويقتضي تحريم أبعاض ذلك ، وقد يحمل على أنه صار منهم ، في القدر المشترك الذي شابههم فيه ، فإن كان كفراً ، أو معصية ، أو شعاراً لها ، كان حكمه كذلك[1].

متى يباح التشبه بغير المسلمين؟

يستثنى من عموم النهي عن التشبه ، ويجوز ترك مخالفتهم في هديهم الظاهر ، إذا دعت إلى ذلك ضرورة معتبرة ، أو اقتضتها مصلحة دينية . قال الإمام ابن تيمية . رحمه الله . : "ولو أن المسلم بدار حرب ، أو دار كفر غير حرب ، لم يكن مأموراً بالمخالفة لهم في هديهم الظاهر ، لما عليه من الضرر ، بل قد يستحب للرجل ، أو يجب عليه، أن يشاركهم أحياناً في هديهم الظاهر ، إذا كان في ذلك مصلحة دينية : من دعوتهم إلى الدين، والإطلاع إلى باطن أمورهم ، لإخبار المسلمين بذلك ، أو دفع ضرر عن المسلمين، وغير ذلك من المقاصد الصالحة"[2] .

ثالثاً : الاختلاف السائغ المقبول:

ويتمثّل هذا النوع في اختلاف المجتهدين من أمّة محمد . صلى الله عليه وسلم . في المسائل الاجتهادية، ونعني بها المسائل الخلافية التي لا نص فيها، أولا نصّ قطعيّ فيها .

وترجع هذه المسائل . كما يقول الشاطبي[3] . رحمه الله . إلى دورانها بين طرفين واضحين يتعارضان في أنظار المجتهدين ، أو إلى خفاء بعض الأدلة ، أو إلى عدم الاطلاع على الدليل[4] .

وأكثر ما يحدث هذا الخلاف في المسائل الدقيقة، التي يكثر فيها احتمال الخطأ، حتى من العلماء الراسخين ، ولكن لا يأثم المجتهد إذا قصد الحق فيما ذهب إليه . يقول شيخ الإسلام ابن تيمية . رحمه الله . : "ولا ريب أن الخطأ في دقيق العلم مغفورٌ للأمة، وإن كان ذلك في المسائل العلمية، ولولا ذلك ، لهلك أكثر فضلاء الأمة"[5] .

([1]) انظر: اقتضاء الصراط المستقيم : (238/1) .

([2]) المرجع نفسه : (418/1) .

([3]) سبق ترجمته .

([4]) انظر: الموافقات: (159/4) .

([5]) مجموع الفتاوى : (170/20) .

مجال الاختلاف السائغ :

مجال الاختلاف السائغ هو مجال الاجتهاد. وقد عرّف الإمام أبو حامد الغزالي[1] . رحمه الله . الاجتهاد بأنه : "كل حكم شرعي ليس فيه دليل قطعي".[2] وعرفه سيف الدين الآمدي[3] . رحمه الله . بأنه : "ما كان من الأحكام الشرعية دليه ظني"[4]. وأوضح الإمام ابن قيم الجوزية[5] . رحمه الله . مسائل الاجتهاد بأنها "ما لم يكن فيها دليل يجب العمل به وجوباً ظاهراً؛ مثل حديث صحيح لا معارض له من جنسه ؛ فيسوغ . حينئذ . الاجتهاد لتعارض الأدلة، أو لخفائها"[6].

كذلك قرر الإمام الشافعي[7] . رضي الله عنه . محل الاختلاف السائغ؛ بأنه "ما كان

([1]) هو محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوسي ، أبو حامد الغزالي، حجة الإسلام ، الإمام ، الأصولي ، الفقيه، المتكلم ، الزاهد . له مصنفات حسان منها المنخول في أصول الفقه ، والوجيز والوسيط في فقه الشافعية، والاقتصاد في الاعتقاد في علم الكلام . ولد سنة 445هـ ، وتوفي سنة 505هـ . انظر : طبقات الشافية ، لتاج الدين عبد الوهاب بن علي السُبكى : (204/6) ، تحقيق : محمود محمد الطناجي ، وعبد الفتاح محمد الحلو ، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، الطبعة الأولى ، 1385هـ . 1966م.

([2]) المستصفى مع فواتح الرحمون: (354/2) .

([3]) هو علي بن محمد بن سالم التغلبي الشافعي أبو الحسن، سيف الدين الآمدي فقيه ، أصولي ، باحث . أصله من آمد (دياربكر). من آثاره : الإحكام في أصول الأحكام ، وأبكار الأفكار في علم الكلام ولد سنة 551هـ، وتوفي رحمه الله سنة 631هـ . انظر : (وفيات الأعيان: (293/3)، وشذرات الذهب . (144/5)).

([4]) الإحكام في أصول الأحكام : (221/4) ، مطبعة المعارف ، 1313هـ . 1914م .

([5]) سبق ترجمته .

([6]) إعلام الموقعين: (288/3) .

([7]) هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب، الشافعي، المطلبي، القرشي ، أبو عبد الله ، إليه ينسب المذهب الشافعي ، وهو يجتمع مع النبي . صلى الله عليه وسلم . في عبد مناف ، وجده السائب صحابي ، ولد الشافعي بغزة سنة 150هـ ، وتوفي سنة 204هـ . وترك عدة كتب تنسب إليه؛ كالرسالة، والأم. انظر : (تاريخ بغداد (56/2) ، وفيات الأعيان : (163/4) ، والطبقات الكبرى، القاهرة ، بدون تاريخ) .

يحتمل التأويل، ويُدرك بالقياس[1] .

إذن، يتضح مما سبق من أقوال العلماء أن مجال الاختلاف السائغ، كل ما كان من الأحكام الشرعية دليله ظني الدلالة، أو ظني الثبوت، أو ظنيهما معا .

ويلحق بهذا القسم ما ليس فيه نص شرعي؛ من كتاب أو سنة، فيلجأ العلماء إلى استخدام القياس، أو الاستحسان، أو المصلحة المرسلة، أو غيرها من الأدلة العامة؛ لاستنباط حكم شرعي فيها، وهو مجال فسيح للاجتهاد، واختلاف الأنظار.[2]

أدلة الخلاف السائغ :

الأدلة على الاختلاف السائغ كثيرة منها ما يلي :

1 . قال تعالى : {ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام ، وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره } [3] .

وبيانه قول الشافعي . رحمه الله . : "أفرأيت إذا سافرنا واختلفنا في القبلة ، فكان الأغلب عليّ أنها في جهة ، والأغلب علي غيري في جهة ، ما الفرض علينا ؟ فإن قلت الكعبةُ، وإن كانت ظاهرة في موضعها فهي مغيبة عن من نأى عنها ، فعليهم أن يطلبوا التوجه لها غاية جهدهم ، على ما أمكنهم ، وغلب بالدلالات في قلوبهم . فإذا فعلوا، وسعهم الاختلاف ، وكان كل مؤديا للفرض عليه ، بالاجتهاد في طلب الحق المغيب عنه"[4] .

2 . قوله صلى الله عليه وسلم "إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر"[5] .

([1]) الرسالة ، ص : 77 ، ط1 ، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق . مصر ، سنة 1321هـ .

([2]) انظر: جماع العلم للإمام الشافعي، ص 98،34، تحقيق أحمد محمد شاكر، مطبعة المعارف، مصر، 1359هـ 1940م.

([3]) سورة البقرة : الآية 150 .

([4]) جماع العلم ، ص : 98 .

([5]) صحيح البخاري، كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: أجر الحاكم إذا اجتهد: (2675/6).

ووجه الاستدلال بهذا الحديث: أنه صريح في إمكان خطأ المجتهد، وهذا يقتضي إمكان وقوع الاختلاف بين المخطئ والمصيب . ولما كان الحديث يقرر حصول الأجر لكليهما ، دل هذا على أن اختلافهم سائغ مقبول ؛ لأن الأجر لا يترتب على شيء مذموم .

3 . ورد في السنة أن النبي . صلى الله عليه وسلم . قال لأصحابه عام الخندق: "لا يصلينّ أحد العصر إلا في بني قريظة"[1] ؛ فأدركتهم صلاة العصر في الطريق ، فقال بعضهم : لا نصلى إلا في بني قريظة ، وقال بعضهم: لم يُرَدْ منا هذا، إنما طُلِبَ منا الإسراع ؛ فصلَّوا في الطريق؛ فلم يُعِبْ . صلى الله عليه وسلم . واحدة من الطائفتين ، فدل ذلك على أن اختلافهم سائغ مقبول [2] .

4 . اختلف الصحابة الكرام . رضي الله عنهم . في مسائل كثيرة ، في العبادات، والمناكح، والمواريث، والعطاء، والسياسة ، ولم ينكر أحد منهم هذا الاختلاف ؛ فكان إجماعاً منهم على أنه اختلاف سائغ مقبول[3] .

5 . ما زال المفتون والحكام من بعد عصر الصحابة، وحتى اليوم، يختلفون في المسائل الاجتهادية دون إنكار من أحد، فدل ذلك على إجماع الأمة؛ بأنه اختلاف سائغ مقبول.[4]

شروط الاختلاف السائغ : يشترط في الخلاف السائغ ما يلي:

1 . أن يصدر الخلاف من أهل العلم الجامعين لشروط الاجتهاد، المقررة في كتب أصول الفقه ، على الأقل في المسائل التي يتناولونها .

2 . أن يكون الخلاف في المسائل الفرعية، التي لم يدل دليل قطعي على حكمها ؛ لأنه لا مساغ للاجتهاد والخلاف في معرض النص القطعي.

3 . أن لا يُترك ما هو أهم منه؛ من فروض العين، أو فروض الكفاية.

([1]) صحيح البخاري ، كتاب : المغازي ، باب : مرجع النبي . صلى الله عليه وسلم . من الأحزاب : (1510/4).

([2]) انظر : (رفع الملام ، ص : 53 ، وإعلام الموقعين : (203/1)) .

([3]) انظر : الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي : (343/2 . 348) .

([4]) انظر : (جماع العلم للشافعي ، ص : 102 ، ومجموعة بحوث فقهية ، ص : 288) .

4 . أن يناظر في مسألة واقعة، أو قريبة الوقوع، لا نادرة ؛ فلا يُترك ما يقع، ويُشتغل بما لا يقع.

5 . أن لا يؤدي الاختلاف إلى التفرق ، وتباغض القلوب ؛ لأن ذلك من أمارات مخالطة الهوى قلوب المختلفين ، والصحابة . رضي الله عنهم . اختلفوا في مسائل كثيرة، أفتوا أو حكموا فيها، ولكن لم تختلف قلوبهم .

6 . أن يبذل المجتهدون أقصى الجهد الممكن للوصول إلى الحق ، فإذا قصّر أحدهم في ذلك ثم خالف، فخلافه مذموم. ويزداد عتابه، كلما كان الدليل الشرعي واضحاً ، أو يمكن معرفته بجهد يسير، أما إذا كان الدليل خفياً ، أو غامضاً ، أو متعذراً ، يكون قول المجتهد المخالف لمقتضى الدليل، خلافاً سائغاً"[1] .

لا نحرص على الخلاف السائغ :

ومع أنّ هذا الخلاف، من النوع السائغ المقبول ، فإننا لا نحرص عليه ولا نرغب فيه ، ولكن إذا وقع، لا نستغرب منه .

والسبب في ذلك أن الائتلاف الاتفاق خير من الاختلاف قطعاً، حتى في المسائل الاجتهادية، وأن الرغبة في الخلاف السائغ تقتضي جواز تعمد وقوعه ، وهذا يعني جواز مخالفة مقتضى الدليل الشرعي، حتى يحصل الخلاف ، وهذا باطل قطعاً .

وأيضا فإن من شروط الاختلاف السائغ تجريد القصد للوصول إلى الصواب ، وهذا لا يتفق مع الرغبة في وقوعه[2] .

ب . أنواع الخلاف من حيث الظاهر :

ليس كل تعارض بين قولين من حيث الظاهر يعتبر اختلافاً حقيقياً بينهما ، فإن الاختلاف إما أن يكون اختلافاً في العبارة، أو اختلاف تنوع، أو اختلاف تضاد، وهذا الأخير هو الاختلاف الحقيقي . وفيما يلي هذه الأنواع الثلاثة:

([1]) انظر : (إحياء علوم الدين لأبي حامد الغزالي : (43/1 . 45) ، دار إحياء الكتب العربية ، مطبعة الحلبي، مصر، ومجموعة بحوث فقهية ، ص : 289) .

([2]) راجع: مجموعة بحوث فقهية د. عبد الكريم زيدان ، ص : 290 .

أولاً : الاختلاف في العبارة :

يدعى هذا النوع أيضاً، بالخلاف اللفظي، وهو أن يعبر كل من المختلفين عن المراد بعبارة غير عبارة صاحبه، مع اتفاقهما في المعنى[1] .

يقول الإمام الشاطبي . رحمه الله . أن من الخلاف ما لا يعتد به، وهو " ما كان ظاهره الخلاف، وليس في الحقيقة كذلك ، وأكثر ما يقع ذلك في تفسير الكتاب والسنة ؛ فتجد المفسرين ينقلون عن السلف في معاني ألفاظ الكتاب أقوالاً مختلفة في الظاهر ، فإذا اعتبرتها، وجدتها تتلاقى على العبارة؛ كالمعنى الواحد. والأقوال إذا أمكن اجتماعها، والقول بجميعها من غير إخلال لمقصد القائل ، فلا يصح نقل الخلاف فيها عنه . وهكذا يتفق في شرح السنة ، وكذلك في فتاوى الأئمة ، وكلامهم في مسائل العلم، وهذا الموضع مما يجب تحقيقه ، فإن نقل الخلاف في مسائل لا خلاف فيها في الحقيقة خطأ، كما أن نقل الوفاق في موضع الخلاف لا يصح"[2] .

ثم يذكر الشاطبي . رحمه الله . نماذج عديدة لهذا النوع من الخلاف ، أذكر منها ما يلي :

1 . ما نقل المفسرون من أقوال في تفسير كلمة "المن" على أنه خبز رقاق ، أو زنجبيل، أو غير ذلك، ظناً منهم أن في ذلك خلافاً ، وهذا كله يشمله اللفظ ؛ لأن الله مَنَّ به عليهم.

2 . أن لا يتوارد الخلاف على محل واحد ، كاختلافهم في المفهوم، هل له عموم أولا، وذلك أنهم قالوا : لا يختلف القائلون بالمفهوم، أنه عام فيما سوى المنطوق به ، والذين نفوا العموم، أرادوا أنه لا يثبت المنطوق به ، وهو مما لا يختلفون فيه .

3 . اختلاف أقوال الإمام الواحد ، بناء على تغير الاجتهاد ، والرجوع عما أفتى به . فمثل هذا لا يصح أن يعتد به خلافاً في المسألة ؛ لأن رجوع الإمام عن القول الأول، اطّراح ونسخ له بالقول الثاني، ومثله أن يختلف العلماء على قولين ، ثم يرجع أحد الفريقين إلى الآخر[3].

ثانياً : اختلاف التنوع :

وهو ما يكون كل واحد من القولين، أو الفعلين حقاً مشروعاً ؛ فيختلف العلماء في بيان الأفضل منهما[1] . وفي هذا النوع يكون كل واحد من المختلفين مصيبا بلا تردد ، ولكن الذم على من بغى على الآخر فيه .

([1]) الموسوعة الفقهية : (215/4) .

([2]) الموافقات : (155/4) .

([3]) انظر : المصدر نفسه : (155/4 . 159) .

يقول الإمام ابن تيمية . رحمه الله . : "والتنوع قد يكون في الوجوب تارة ، وفي الاستحباب أخرى"[2] .

وبناء عليه، سأتناول اختلاف التنوع، وعلاقته بالوجوب، ثم علاقته بالاستحباب، على النحو التالي :

أ . اختلاف التنوع في الواجبات:

يبدو من خلال تأمل نصوص الشريعة وقواعدها ، ومن خلال تتبع أقوال العلماء أن هذا النوع يتفرع إلى فرعين اثنين هما :

1 . اختلاف التنوع بالنظر إلى الواجب من حيث هو :

يُمثَّلُ له بالاختلاف في تحديد الواجب من خلال كفارة اليمين الثلاث. قال ابن العربي[3]

([1]) انظر : اقتضاء الصراط المستقيم : (128/1) .

([2]) مجموع الفتاوى : (118/19) .

([3]) هو محمد بن عبد الله بن محمد، المعروف بابن العربي، المعافري الإشبيلي، أبو بكر: فقيه حافظ عالم متفنّن. ولد بإشبيليا سنة: 468هـ، وكان أبوه من فقهاء إشبيليا، وله حظوة عند ملوك بني عبّاد، فلما انقضت دولتهم، رحل إلى المشرق، فحصل له بسبب هذه الرحلة علم عزيز. له تصانيف شهيرة، تؤهله ليكون من الطبقة العليا من مؤلفي الإسلام؛ منها العواصم، وعارضة الأحوذي، والقبس على موطأ مالك. توفي . رحمه الله . ودفن بفاس سنة 543هـ. انظر: (الديباج المذهب ص: 281، وبغية الملتمس، للضبيّ، ص: 92، ونفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب: (26/2) .

رحمه الله: "لا خلاف[1] في أن كفارة اليمين على التخيير، وإنما اختلفوا في الأفضل من خلالها ، وعندي أنها تكون بحسب الحال"[2] .

كما يُمثل له بالصلاة للمسافر ، واختلاف الفقهاء في تعلق الوجوب بالقصر، أو بالإتمام. وفي ذلك يقول القاضي عبد الوهاب . رحمه الله . [3] : "ذهب أكثر المالكية إلى أن الفرض التخيير بين القصر والإتمام ، إلا أن القصر أفضل، وهو سنته"[4] .

2 . **اختلاف التنوع بالنظر إلى الواجب من حيث تعلقه بالمكلف** : وهو : مثل ما يجب على قوم الجهاد ، وعلى قوم الزكاة ، وعلى قوم تعليم العلم ، وهذا يقع في فروض الأعيان، وفي فروض الكفايات . ففروض الأعيان: مثل ما يجب على رجل زكاة نوع ماله، بصرفه إلى مستحقيه من جيران ماله ، ويجب عليه استقبال الكعبة من ناحيته ، والحج إلى بيت الله من طريقه ، ويجب عليه بر والديه، وصلته ذوي رحمه ، والإحسان إلى جيرانه، وأصحابه، ومماليكه، ورعيته ، ونحو ذلك من الأمور التي تتنوع فيها أعيان الوجوب، وإن اشتركت الأمة في جنس الوجوب. وتارة تتنوع بالقدرة والعجز ؛ كتنوع صلاة المقيم والمسافر ، والصحيح والمريض ، والآمن والخائف .

([1]) في الحقيقة نقل خلاف عن الجبائيين، والقاضي عبد الجبار من المعتزلة، وبعض المالكية القول بتعلق الوجوب بالجميع ، لا بشيء مبهم من أمور معينة كما يقول الجمهور . وعند التحقيق لا خلاف في المعنى ، إذ يعني هؤلاء بتعلق الوجوب بالجميع أنه لا يجوز الإخلال بالجميع ، ولا الإتيان بالجميع ، وهذا لا اختلاف عليه .

وقد اتفق الإمام الجويني وأبو الحسن البصري على أنه خلاف في العبارة ، عار عن التحصيل ، طالما أن الاتفاق حاصل على وقوع الامتثال بواحدة .

راجع: (البرهان للإمام الجويني: (268/1) ، تحقيق: د. عبد العظيم محمد ديب ، نشر إدارة الشؤون الدينية بدولة قطر ، الطبعة الأولى . 1399هـ ، والمعتمد لأبي الحسين البصري: (87/1)، دار الكتب العلمية، تحقيق: خليل الميس، بيروت، الطبعة الأولى، 1403هـ . 1984م، ونهاية السول في شرح منهاج الأصول ، لجمال الدين الإسنوي: (132/1) . عالم الكتب ، بدون تاريخ، وشرح اللمع في أصول الفقه ، لأبي إسحاق الشيرازي : (239/1 . 240)، تحقيق: د. علي بن عبد العزيز بن علي العميريني ، دار البخاري ، القصيم . بريده ، 1407هـ . 1987م).

([2]) أحكام القرآن: (649/2)، دار المعارف، بيروت ، تحقيق : علي محمد البجاوي ، بدون تاريخ.

([3]) هو عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي أبو محمد : قاض من فقهاء المالكية ، له نظم ومعرفة بالأدب. ولد سنة 362هـ ، ببغداد ، وولي القضاء في (أسعرد) ، و (بادريا) في العراق، رحل إلى الشام ، وتوجه إلى مصر، فعلت شهرته حتى توفي فيها سنة : 422هـ . من تصانيفه : "التلقين" ، "عيون المسائل"، و"الإشراف على مسائل الخلاف" ، و"الإفادة والتلخيص" في أصول الفقه . انظر : (الديباج المذهب ، ص : 159، والأعلام : (184/4)).

([4]) المعونة على مذهب عالم المدينة : (267/1) .

وفروض الكفايات : تتنوع تنوع فروض الأعيان ، ولها تنوع يخصها ؛ وهو أنها تتعين على من لم يقم بها غيره؛ فقد تتعين في وقت، ومكان، على شخص، أو طائفة ، وتتعين في وقت، أو مكان آخر، على شخص آخر أو طائفة أخرى ، كما يقع مثل ذلك في الولايات، والجهاد، والفتيا، والقضاء وغير ذلك[1] .

ب ـ اختلاف التنوع في المستحبّات :

ويتفرع هذا النوع أيضاً إلى فرعين هما :

1 ـ اختلاف تنوع المستحبات من حيث هو :

ويمثل له بالعبادات التي جاءت على وجوه متنوعة؛ كأنواع التشهدات ، وأنواع الاستفتاح، والوتر أول الليل وآخره ، ومثل الجهر بالقراءة في قيام الليل والمخافتة ، وأنواع القراءات التي أنزل بها القرآن، والتكبير في العيد ، ومثل الترجيع في الأذان وتركه ، وإفراد الإقامة وتثنيتها[2].

2 ـ اختلاف تنوع المستحبّات من حيث تعلقه بالمكلف :

ذكر ابن تيمية ـ رحمه الله ـ أن كل شخص يستحب له من الأعمال ما يتقرب بها إلى الله، وأن الأفضل له من الأعمال ما كان أنفع له ، وهذا يتنوع تنوعاً عظيماً ، فأكثر الخلق يكون المستحب لهم، ما ليس هو الأفضل مطلقاً .

ومثل له بمن لا يمكنه فهم العلم الدقيق إذا طلب ؛ لأنه يفسد عقله ودينه ، أو بمن لا يقدر على الصبر على أعباء الإمارة ؛ فالأفضل له ترك طلب العلم الدقيق ، أو ترك طلب الإمارة ، وإن كان العملان هما الأفضل مطلقاً [3].

ثالثا : اختلاف التضاد :

([1]) انظر : مجموع الفتاوى لابن تيمية : (118/19) بتصرف يسير.

([2]) راجع: مجموع الفتاوى : (335/22) .

([3]) راجع: مجموع الفتاوى : (119/19) .

اختلاف التضاد هو: "القولان المتنافيان ، إما في الأصول ، وإما في الفروع، عند الجمهور الذين يقولون : "المصيب واحد" ، وإلا فمن قال : "كل مجتهد مصيب" ، فعنده هو من باب اختلاف التنوع ، لا اختلاف التضاد . فهذا [النوع] الخطب فيه أشد؛ لأن القولين يتنافيان"[1].

ومراعاة الخلاف إنما تجري في هذا الصنف من الخلاف، حيث يقتضي كل قول، ضد ما يقتضيه الآخر .

مراتب الخلاف :

يقع الخلاف في أصول الشريعة وفروعها ، ويقصد بالشريعة هنا معناها الواسع ، المتضمن لأحكام العقيدة ، وأحكام الفقه .

فأما فروع العقيدة والعبادات فهي قابلة لاختلاف الأنظار ، وأما الاختلاف الناشئ في أصولهما فهو شذوذ ، وخروج عن جادة الصواب ، والواجب الاتفاق في ذلك .

يقول الشاطبي - رحمه الله - : "فإن الله حكم بحكمته أن تكون فروع هذه الملة قابلة لاختلاف الأنظار ، ومجالاً للظنون . فقد ثبت عند النظار أن النظريات لا يمكن الاتفاق فيها عادة ؛ فالظنيات عريقة في إمكان الاختلاف [فيها] [2]، لكن في الفروع دون الأصول ، وفي الجزئيات دون الكليات ، فلذلك، لا يضر هذا الاختلاف"[3] .

وينبه في موضع آخر إلى أن الخلاف يكون تارة في جزئي وفرع من الفروع ، ويكون أخرى في كلّي وأصل من أصول الدين، سواء أكان من الأصول الاعتقادية ، أو الأصول العملية[4] .

ويرشد حينئذ إلى ضرورة الاتفاق في أصول الدين معتبراً أن وقوع الخلاف في بعض قواعده الكلية، يؤدي إلى التفرق شيعاً؛ ويدعم قوله بأن المخالفة في الأمور الكلية تنشئ التفرق؛ لأنها تحتوي على كم هائل من الجزئيات . ويستدل على هذا بمسألة التحسين العقلي ، فإن

([1]) اقتضاء الصراط المستقيم : (130/1) .

([2]) لعله سقط من قلم الناسخ كما قال المحقق السيد رشيد رضا رحمه الله.

([3]) الاعتصام: (168/2) ، دار الفكر، بدون تاريخ.

([4]) انظر: المرجع نفسه: (172/2) .

المخالفة فيها أنشأت بين المختلفين خلافاً في فروع لا تنحصر ، ما بين فروع عقائد، وفروع أعمال[1] .

وقرر أبو الحسين البصري[2] . رحمه الله . أن الاختلاف في الفروع سائغ ، وأن إصابة المجتهدين في الفروع على اختلافهم جائز، ونقل قول بعضهم في ذلك ، بأن ما عدا المحق من المجتهدين مصيب في اجتهاده ، مخطىء في الحكم .

ونفى أن يكون المجتهدون في الأصول على تباينهم مصيبين ؛ لأن ذلك يقتضي أن يكون اعتقاد رؤية الله ، واعتقاد نفيها صوابين ، وأن يكون الخبر بأن العالم قديم ، والخبر بأنه محدث، صوابين ، وذلك يتنافى لاستحالة الجمع بين الضدّين .

ثم أيّد قوله بأن المرء كُلّف الظن إذا تعذر عليه العلم ، والعلم ههنا غير متعذر، وأيضاً فالمخالفون في الرؤية ، وفي الجبر ، وفي العدل ، يدعي كل فريق منهم أنه عالم غير ظان، فالقول بأنهم كلفوا الظن خارج عن الإجماع ...[3] .

وأوضح الخطابي[4] . رحمه الله . معنى "كل مجتهد مصيب"؛ فقال : "كل مجتهد معذور لا غير ، وهذا إنما هو في الفروع المحتملة للوجوه المختلفة ، دون الأصول، التي هي أركان الشريعة، وأمهات الأحكام، التي لا تحتمل الوجوه ، ولا مدخل فيها للتأويل؛ فإن من أخطأ فيها ، كان غير معذور في الخطأ ، وكان حكمه في ذلك مردوداً"[5].

آداب المجتهد بالنسبة إلى الخلاف :

([1]) انظر : الاعتصام: (171/2، 200 . 201) .

([2]) هو محمد بن علي بن الطيب ، أبو الحسين البصري: أحد الأعلام الذين تكلموا على مذهب المعتزلة . له تصانيف فائقة في أصول الفقه ، منها المعتمد" ، ومنه أخذ فخر الدين الرازي كتاب "المحصول" ، وله "غرر الأدلة" ، و"شرح الأصول الخمسة" ...الخ . سكن بغداد وتوفي بها سنة 436هـ . انظر: (وفيات الأعيان : (271/4)، وتاريخ بغداد: (100/3) .

([3]) انظر: المعتمد في أصول الفقه : (370/2 . 400)، دار الكتب العلمية، ط1، 1403هـ -1984م.

([4]) هو حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب الخطابي ، البُستي ، الشافعي ، أبو سليمان: محدث ، فقيه ، وأديب. ولد بمدينة بُست من بلاد كابل الأفغانية سنة 319هـ ، وتوفي بها سنة 388هـ . من تصانيفه : غريب الحديث ، وإصلاح غلط المحدثين. انظر: (شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد : (127/3) ، والأعلام : (74/4)) .

([5]) معالم السنن شرح سنن أبي داود : (149/4)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ . 1996م .

يشترط في المجتهد إزاء مسائل الخلاف ما يلي :

1 . أن يقصد طلب الحق، ولو ظهر على لسان خصمه ، وأن ينصف في طلب العلم، وألا يميل عن الحق إلى ابتاع الهوى بدافع التعصب للمذهب ، أو بقصد الرياء ، وأن يكون رائده النظر في قوة الدليل أو ضعفه، بصرف النظر عمن قال به .

2 . أن يبدل المجتهد أقصى الجهد في معرفة الراجح من الأدلة ، ومن أقوال العلماء، فإن قصر في ذلك ثم خالف ، كان خلافه مذموماً ، ولحقه اللوم والعتاب[1].

3 . عدم قطع المجتهد بأنه أصاب الحق، وأن قول غيره باطل، في المسائل الاجتهادية. قال الزركشي[2] في البحر : قد راعى الشافعي وأصحابه خلاف الخصم في مسائل كثيرة ، وهو إنما يتمشى على القول بأن مدعي الإصابة، لا يقطع بخطأ مخالفه .

وقد روي عن الشافعي[3] في هذا المعنى قوله : قولي صواب يحتمل الخطأ وقول غيري خطأ يحتمل الصواب[4] .

4 . أن لا ينكر على غيره قوله في المسائل الاجتهادية، وهي مسائل الخلاف السائغة:

وفرق الإمام ابن القيم . رحمه الله . بين مسائل الاجتهاد، ومسائل الخلاف؛ مبينا أن مسائل الاجتهاد، هي المسائل الخلافية التي لم تخالف سنة أو إجماعاً شائعاً، بخلاف مسائل الخلاف؛ فإنها تقتضي مطلق الخلاف، حتى لو خالف كتاباً أو سنة، وكيف لا يُنكر ذلك؟[5] .

5 . ألا يُتهم من تأول شيئاً من العلماء في عدالته ، فيوصف بفسق، أو كفر أو نحو ذلك، ولو خالف فيما لا يسوغ فيه الخلاف . يقول الإمام ابن القيم . رحمه الله . : "وليس في قول العالِم: إن هذه المسألة قطعية يقينية، ولا يسوغ فيها الاجتهاد، طعنٌ على من خالفها ولا نسبةً له إلى تعمد خلاف الصواب"[6] .

([1]) انظر : (إحياء علوم الدين للغزالي : (44/1)، ومجموعة بحوث فقهية، د. عبد الكريم زيدان، ص: 289) .

([2]) سبق ترجمته .

([3]) سبق ترجمته .

([4]) البحر المحيط : (265/6) ، من مطبوعات وزارة الأوقاف لدولة الكويت ، بدون تاريخ .

([5]) على أن بعض الحنابلة اعتبر بيان ضعف دليل الخصم في المسائل الاجتهادية إنكاراً، ولا مشاحة في الاصطلاح. انظر: إعلام الموقعين: (288/3) .

([6]) إعلام الموقعين : (288/3) .

وإذا التُمس العذر فيما هو مقطوع به ، فمن باب أولى، ألا يؤثم من خالف في أمر ظني.

ويقول القرافي . رحمه الله[1] . : "وقد خالف جماعة من الأئمة في مسائل ضعيفة المدارك؛ كالإجماع السكوتي ، والإجماع على الحروب، ونحوهما ، فلا ينبغي تأثيمه [أي المجتهد المخالف]؛ لأنها ليست قطعية"[2].

([1]) هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الصنهاجي، المصري، أبو العباس، الملقّب القرافي، وسبب شهرته بذلك أنه لما أراد الكاتب أن يثبت اسمه في بيت الدرس، كان حينئذٍ غائباً، فلم يعرف اسمه، وكان إذا جاء للدرس يُقبل من جهة القرافة؛ فكتب القرافي، فمرت عليه هذه النسبة. يعتبر االقرافي أحد الأعلام المشهورين في مذهب مالك. له تواليف عجيبة مثل: الذخيرة، والفروق، وشرح تنقيح الفصول، والإحكام في القرن بين الفتاوى والأحكام، توفي . رحمه الله . سنة 684هـ. انظر: (الديباج المهذب، ص: 62، والفكر السامي: (273/4)) .

([2]) البحر المحيط للزركشي : (240/6) .

الفصل الأول

التعريف بمراعاة الخلاف وبيان صلتها ببعض الأصول الشرعية

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : التعريف بمراعاة الخلاف وتمييزها عمّا اشتبه بها من القواعد.

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : التعريف بمراعاة الخلاف .

المطلب الثاني : الفرق بين مراعاة الخلاف وبين الخروج من الخلاف .

المبحث الثاني : صلة مراعاة الخلاف باعتبار المآل .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مضمون اعتبار المآل وأدلته .

المطلب الثاني : بيان صلة مراعاة الخلاف باعتبار المآل .

المبحث الثالث : صلة مراعاة الخلاف بالاستحسان .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الاستحسان وبيان أدلته .

المطلب الثاني : بيان صلة مراعاة الخلاف بالاستحسان .

المبحث الأول

التعريف بمراعاة الخلاف وتمييزها عما اشتبه بها من القواعد

المطلب الأول: تعريف مراعاة الخلاف .

مصطلح "مراعاة الخلاف" يقتضي أن نعرفه باعتبارين : أولهما : باعتباره مركبا إضافيا، وثانيهما : باعتباره لقبا أو عَلَماً عليه .

أ . تعريفه باعتباره مركباً إضافيا : والمركب الإضافي . كما هو مقرر في أصول الفقه . يتوقف معناه إجمالاً، على فهم أجزائه التي يتركب منها .

والأَوْلَى البدايةُ ببيان المضافُ إليه ، لأنه أسبق في المعنى ، إذ لا يُعلم المضاف . من حيثُ هو مضاف . حتى يُعلم ما أُضيف إليه[1] .

وعليه، فالخلاف . وهو المضاف إليه . معناه "ضد الوفاق" تقول: "تخالف القوم واختلفوا، إذا ذهب كل واحد إلى غير ما ذهب إليه الآخر"[2]. والمراد هنا: خلاف العلماء في أحكام الفروع.

والمراعاة . وهي المضاف . مصدر راعى بمعنى لاحظ ، تقول : راعى الأمر أي لاحظه ونظر في عاقبته[3] ، والمراد هنا: اعتبره ورجّح جانبه.

ويطلق بعض الفقهاء على "مراعاة الخلاف" لفظ "رعي الخلاف" وهما بمعنى واحد[4].

ب . تعريفه باعتباره لقباً :

أما حده لقباً ، فلقد صار هذا المركب لقباً على مفهوم خاص، اصطلح عليه علماء المالكية ومن ذهب مذهبهم ، فمتى أُطلق انصرف إلى ذلك المفهوم.

أولاً : تعريف ابن عرفة [1] :

([1]) انظر : شرح أبي عبد الله الآبي المالكي على صحيح مسلم : (48/1) ، مطبعة السعادة ، مصر ، الطبعة الأولى، 1327هـ .

([2]) المصباح المنير للفيومي : (179/1) ، نشر دار الهجرة ، إيران ، الطبعة الأولى، 1405هـ .

([3]) انظر: المرجع نفسه : (231/1) .

([4]) انظر: مثلاً ابن عرفة في حدوده إذ يقول : باب في رعى الخلاف: "شرح حدود ابن عرفة ، لأبي عبد الله الرصّاع، ص : 263 .

وقد حده بقوله : "إعمالُ دليلٍ في لازمِ مدلولِه الذي أُعملَ في نقيضه دليلٌ آخر".

شرح هذا التعريف:

فقوله : (إعمال دليل) جنس للمراعاة ، يصدق على رعي الخلاف، وغيره .

فإن قيل : كيف صح في الإعمال أن يكون جنساً للمراعاة ، والمراعاة معناها : اعتبار الشيء ، كما تقول راعى فلان فلاناً، معناه: اعتبره، وقام له بما يناسبه ؛ فالإعمال كأنه مُسَبَّبُ عن المراعاة ؟

فالجواب : إذا سلمنا بهذا الاعتراض ، فإن هذا المعنى هو في اللغة ، وأما معناها اصطلاحاً فهو الإعمال .

وقوله (دليل) فصل خرج به إعمال غير الدليل .

قوله (في لازم مدلوله) أخرج به إعمال الدليل في مدلوله . والدليل : هو ما يمكن التوصل به إلى مطلوب خبري ، والمطلوب هو المدلول . وتوضيح ذلك بالمثال الآتي :

النهي[2] الوارد . مثلا . في نكاح الشغار دليل ، مدلوله تحريم نكاح الشغار، وفسخه؛ لأن النهي يدل على فساد المنهي عنه ، ولازم هذا المدلول، أن يفسخ بغير طلاق ، وأن لا يلزم فيه طلاق إذا وقع ، ولا توارث بين الزوجين، إذا مات أحدهما قبل الفسخ .

وللإمام مالك . رحمه الله . في نكاح الشغار إذا وقع روايتان: إحداهما : يجب أن يفسخ بطلاق ، والأخرى يجب بغير طلاق .

ومن خالف مالكا قال إنه لا يجب فسخه[3] . فجرياً على قول مالك بالفسخ بغير طلاق، أن لا يلزم فيه طلاق إذا وقع ، ولا ميراث بين الزوجين، إذا مات أحدهما قبل الفسخ .

---

(1) سبق ترجمته.

([2]) عن ابن عمر . رضي الله عنهما . أن رسول الله . صلى الله عليه وسلم . نهى عن الشغار ، والشغار : أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ، ليس بينهما صداق . فتح الباري، كتاب : النكاح ، باب : الشغار: (195/19).

([3]) وهم الحنفية، إذ قالوا بجوازه مع إعطاء مهر المثل لكل واحدة منهما . انظر : المبسوط للسرخسي : (105/5).

وجرياً على قوله بالفسخ بالطلاق، يلزم فيه الطلاق، ولا يلزم فيه الميراث، لكن مالكاً . رحمه الله تعالى . قال : إن فسخه يكون بطلاق، وإن الطلاق يلزم إذا وقع ، وإن الميراث يثبت بين الزوجين، مراعاة لقول من يقول بصحة هذا النكاح؛ لدليل دل عليه.

فنلاحظ أن مالكاً . رحمه الله . قد أعمل دليل مخالفه . القائل بعدم فسخ نكاح الشغار . في لازم مدلوله (وهو ثبوت الميراث ، ولزوم الطلاق) ، وأنقض مدلوله (وهو عدم فسخ هذا النكاح) قائلاً بفسخه .

وهذا معنى قولهم : مراعاة الخلاف فيها إعمال دليلِ كلٍّ من الخصمين ، فصح من هذا أن تكون حجةً في موضع دون موضع ، وأنه بحسب ما يقع في نفس المجتهدين من رجحان دليل المخالف .

وبهذا يتضح أن مراعاة الخلاف فيها إعمالٌ لدليل المخالف من وجه دون وجه ، ففيها إعمال للازم الدليل ، دون مدلوله .

اعتراض وردُّه :

اعترض على هذا التعريف بأنه يقتضي إثبات الملزوم بدون لازمه ، وهو باطل . ذلك أن مالكاً . رحمه الله . أثبت فسخ النكاح دون عدم الإرث . وفسخ النكاح ملزوم لنفي الميراث، فإذا ثبت الفسخ، انتفى الميراث ؛ لأن الميراث يدل على ثبوت العصمة ، وفسخ النكاح يدل على نفيها . إذن ، فقد وُجد الملزوم . وهو الفسخ . دون لازمه . وهو عدم الإرثَ ..

وأجيب عن هذا الاعتراض بجوابين :

الأول : نمنع كون المسألة من باب وجود الملزوم ونفي اللازم ، وإنما هي من باب نفي الملزوم ، أو من باب وجود اللازم ، وكل منهما مغاير لما ألزمه السائل، ولا إحالة فيه.

أما الوجه الأول فبناء على قول مالك ودليله ؛ لأنه يقول بنفي صحة النكاح ، وصحة النكاح ملزومة للإرث ، فلا يلزم من نفي الملزوم . الذي هو صحة النكاح . نفي اللازم . الذي هو الإرث . . فما قال مالك . باعتبار مذهبه . إلا بنفي الملزوم ، لا بثبوت الملزوم مع نفي اللازم[1] .

([1]) وهذا صحيح فالقاعدة في اللزوم من طرف واحد: أنّ وجود الملزوم يستلزم وجود لازمه، لكن انعدام الملزوم لا يستلزم انعدام لازمه؛ لاحتمال أن يكون لازماً أيضاً الملزوم آخر. ومثاله: أن نزول المطر على الأرض يستلزم بللها، لكن بللها لا يستلزم أن تكون المطر قد

وأمّا الوجه الثاني: فبناء على مراعاة مالك لدليل مخالفه في لازم مدلوله، وهو الإرث، ولا يلزم من إثبات اللازم، إثبات الملزوم .

الثاني : إذا سُلّمَ جدلاً أن المسألة من باب وجود ملزوم ولا لازم له ، فإن ذلك ممتنع في الأمور العقلية ، أما في الأمور الشرعية هنا، فلا يستحيل فيها وجود ملزوم بدون لازمه؛ لوجود مانع يمنع من ذلك ، وذلك كموجبات الإرث ، فالبُنوة مثلاً ملزومة للإرث شرعاً ، وقد ينتفي الإرث؛ بموانع كالكفر، أو القتل، أو الرّق، مع وجود البنوة. [1]

ثانياً : تعريف القباب :

بيّن القباب[2] . رحمه الله . أن حقيقة مراعاة الخلاف هي : "إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه"[3] ، وبيانه أن الأدلة الشرعية نوعان:

الأول : هو ما يتبين قوته تبيناً ، يجزم الناظر فيه بصحة أحد الدليلين ، والعمل بإحدى الأمارتين . فهاهنا لا وجهَ لمراعاة الخلاف ، ولا معنى له .

والثاني : ما يقوى فيها أحد الدليلين ، وتترجح فيها إحدى الأمارتين قوة ما، ورجحاناً، لا ينقطع معه تردّد النفس، وتشوّفها إلى مقتضى الدليل الآخر.

فهاهنا تحسن مراعاة الخلاف؛ إذ يعمل المجتهد ابتداءً بالدليل الأرجح؛ لمقتضى الرجحان في غلبة ظنه ، فإذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر، لم يفسخ العقد، ولم يبطل العبادة؛ لوقوع ذلك على موافقة دليل، له من القوة ما لم يُسقط اعتباره في نظره جملة.

وهذا توسط بين موجب الدليلين، وهو معنى قول القباب: إن مراعاة الخلاف هي إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه[4] .

المطلب الثاني : الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف

نزلت عليها؛ لاحتمال أن يكون البلل قد حدث بسبب آخر. راجع: ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، عبد الرحمن حسن حبنكة، ص: 354، دار القلم، دمشق، الطبعة الثالثة، 1408هـ. 1988م .

[1] راجع: شرح حدود ابن عرفة: (263/1)، والأصول لزقلام، ص 379.

[2] سبق ترجمته .

[3] المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب ، لأبي العباس أحمد بن يحي الونشريسي : (388/6) .

[4] انظر : منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى ، للشيخ إبراهيم اللاقاني ، ص : 201 .

مراعاة الخلاف من القواعد التي لم تَحْظَ بشهرة واسعة، كما حظيت به قاعدة الخروج من الخلاف .

ولقد تفرد المذهب المالكي بذكرها ، على خلاف بين بعض فقهائه فيها، إذ صرح بعض المحققين منهم كابن عبد البرّ والقاضي عياض[1] بردها ، بعد أن استشكلوا أمرها[2].

وهاتان القاعدتان بينهما أوجه تداخل، وأوجه تمايز، فأوجه التداخل تتمثل في أن كلا من القاعدتين، هي قول بموجب دليلين متباينين، كما أن بين القاعدتين عموماً وخصوصاً مطلقاً، وذلك إذا أعطينا مراعاة الخلاف المعنى اللغوي العام، حيث يكون رعي الخلاف في صورة الخروج منه أو في غيره. وبذا يكون رعي الخلاف عاما، والخروج منه خاصاً .

أما إن اقتصرنا على تعريف مراعاة الخلاف اصطلاحاً . كما سبق بيانه . فهي تختلف كل الاختلاف عن قاعدة الخروج من الخلاف. ولكي يتبين الفرق بين القاعدتين، يجدر بنا أن نكشف عن خصائص كل منهما على حدة.

أ . خصائص الخروج من الخلاف :

1 . العمل بالخروج من الخلاف أخذٌ بالأحوط من باب الورع ؛ وذلك كأن يأخذ الفقيه بمقتضى دليله المفيد لإباحة فعل الشيء ، ويأخذ معه بمقتضى دليل مخالفه المفيد لحرمته ، على وجه لا يخلّ بما غلب على ظنه ؛ فيرى الفقيه . حينئذ . ترك العمل خوفاً من الوقوع في المحرم.

وفي العمل بهذه القاعدة عدم رجوعه إلى قول مخالفه بالتحريم كما قد يتوهم ؛ لأن الترك هنا باعتبار الفعل، لا باعتبار اعتقاد حرمته؛ فالقول بالحرمة يقتضي ترك الفعل إضافة إلى اعتقاد حرمته. والترك خروجاً من الخلاف، هو باعتبار الفعل فحسب، كذلك ليس في العمل بها رجوع إلى قول من مخالفه بالإيجاب؛ لأن الفعل هنا باعتبار الفعل، لا باعتبار اعتقاد إيجابه.

ويُمثل له بالحنفي الذي يتورع من شرب النّبيذ؛ لاحتمال صحة مقتضى دليل مخالفه، لا لرجحان صحته، وبالشافعي الذي يستوعب مسح الرأس، عملاً بمقتضى دليل مخالفه، لاحتمال صحته، لا لرجحان صحته[1] .

([1]) سبق ترجمتهما.

([2]) سيأتي عرض ذلك في المبحث الأخير من الفصل الثاني إن شاء الله .

والأخذ بالورع مصلحة شهد الشرع لها باعتبار عينها ، لحديث : "فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه"[2] .

وشهد لها باعتبار جنسها؛ لقول عمر . رضي الله عنه . : "نعمت البدعةُ هذه"[3] 2 . العمل بها أخذ بالأشد والأخذ بالأشدّ، قسمان: أحدهما: أخذ بأشدّ شهد الشرع بإلغائه، كوقوف الواحد للعشرة من العدد، عالماً أنه لا يُجدي منهم نفعاً، وثانيهما: شهد الشرع باعتباره؛ كالأخذ بأشدّ المذاهب المتساوية، أو المتقاربة؛ لوازع الخوف من الله تعالى، والخروج من الخلاف من القسم الثاني، لا من الأول .

يقول الإمام العز بن عبد السلام[4] . رحمه الله . : "والأولى التزام الأشد والأحوط لدينه ، فإن من عز عليه دينه تورع"[5] .

3 . حكم الخروج من خلاف من أوجب شيئاً، أو حرمه، مستحب . ويمثل له بكراهة الشافعية نكاح المحلل خروجاً من خلاف من أبطله[6] . وباستحباب الحنفية للسفيه المحجور عليه إن أراد عمرة واحدة ألا يُمنع منها، خروجاً من خلاف من أوجبها[7]، باستحباب بعض المالكية لقراءة البسملة سراً خروجاً من خلاف من أوجب قراءتها[8] .

([1]) راجع : (حاشية أحمد الشلبي على تبين الحقائق للزيلعي: (47/6)، مكتبة إمدادية . ملتان، باكستان، بدون تاريخ، والمهذب للشيرازي: (24/1)، مصطفى بابي الحلبي، الطبعة الثانية، 1379هـ . 1959م).

([2]) صحيح البخاري ، كتاب : الإيمان ، باب : فضل من استبرأ لدينه : (28/1) .

([3]) صحيح البخاري ، كتاب : صلاة التراويح ، باب : فصل من قام رمضان : (707/2). إذ استحب عمر . رضي الله عنه . أداءها جماعة، كما استحب النبي . صلى الله عليه وسلم . ذلك من قبل، حيث لم يأمر أصحابه بذلك خشية أن تفرض عليهم ، فلما توفي . صلى الله عليه وسلم . زال المانع، فلم ير عمر بأساً من الأمر بذلك . راجع شرح الموطأ للزرقاني : (238/1) .

([4]) هو عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي المقدسي، ثم الدمشقي، فالمصري، أبو محمد، الملقب بسلطان العلماء كان عالماً محققاً، مطلعاً على حقائق الشريعة، عارفاً بمقاصدها، آمراً بالمعروف، وناهياً عن المنكر، أزال كثيراً من البدع، وواجه ظلم الحكام، وقصته في بيع المماليك الذين كانوا ملوك مصر، ذائعة مشهورة له تآليف بديعة؛ كالقواعد الكبرى، ومجاز القرآن، "والأمالي" في أدلة الأحكام. توفي . رحمه الله . سنة 660هـ. انظر: (الطبقات الكبرى السبكية: (209/8)، والنجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، ليوسف بن تغري بردى الأتابكي: (20/7)، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1357هـ . 1938م) .

([5]) المعيار المعرب للونشريسي : (382/6) .

([6]) انظر: كنز الراغبين لجلال الدين المحلي بشرح المنهاج للنووي مع حاشيتي القليوبي وعميرة : (374/3) ، ضبط وتصحيح: عبد اللطيف عبد الرحمن ، دار الكتب العلمية ، بيروت، الطبعة الأولى، 1417هـ . 1997م .

([7]) راجع : تعليل الأحكام، لمحمد مصطفى شلبي، ص: 356، دار النهضة العربية، بيروت، 1401هـ . 1981م .

([8]) انظر : البيان والتحصيل ، لابن رشد (الجد) : (365/1) ، دار الغرب الإسلامي ، 1404هـ . 1984م .

اعتراض وجوابه :

شكك بعض المحققين في القول باستحباب الخروج من الخلاف ، وإنما يكون حيث سنة ثابتة، فإذا اختلفت الأمة على قولين : قول بالإباحة ، وقول بالتحريم ، واحتاط المستبرئ لدينه، وجرى على الترك، حذرا من الوقوع في الحرمة ، لا يكون فعله سنة ؛ لأن القول بأن هذا الفعل يتعلق به الثواب من غير عقاب على الترك، لم يقل به أحد ، فمن أين يأتي الاستحباب أو الأفضلية ؟

وأجاب ابن السبكي[1]: بأن أفضليته ليست لثبوت سنة خاصة فيه، بل لعموم الاحتياط والاستبراء للدين، وهو مطلوب في الشرع مطلقا، فكان القول بأن الخروج من الخلاف أفضل ثابتاً من حيث العموم[2] .

ب ـ خصائص مراعاة الخلاف :

1 ـ تتسم مراعاة الخلاف ـ على عكس سابقتها ـ بالأخذ باليُسر ، ورفع المشقة والحرج، وذلك لأنها من جملة أنواع الاستحسان[3].

فقد جاء في العُتْبِيّة[4] ـ مثلا ـ أن الإمام سحنون[5] ـ رحمه الله ـ سئل "عن الدواب تدرُسُ[1] الزرع فتبول فيه ، فخففه للضرورة ، كالذي يكون في أرض العدو فلا يجد بُداً من

([1]) هو تاج الدين عبد الوهاب بن علي السّبكي، أبو نصر من كبار فقهاء الشافعية في القرن الثامن الهجري، ولد بمصر سنة 728هـ، ودرس وتولى القضاء بالشام، وحصل له بسبب ذلك محن كثيرة، كان لطفه منها على يد الإسنوي. توفى ـ رحمه الله ـ سنة 771هـ، وهو ابن تقي الدين على بن عبد الكافي السّبكي، لتاج الدين تآليف جليلة؛ كجمع الجوامع، وطبقات الشافعية. انظر: (الدرر الكامنة لابن حجر: (42/2)، والفكر السامي : (411/4)) .

([2]) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص : 136 ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 19هـ ـ 1979م.

([3]) سيأتي شرح هذه العبارة في مبحث "صلة مراعاة الخلاف بالاستحسان" .

([4]) وتسمى بذلك نسبة إلى مصنفها محمد العتبي القرطبي ، واسمها المستخرجة وشرحها ابن رشد في كتابه البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل ، في مسائل المستخرجة .

([5]) هو عبد السلام بن سعيد بن حبيب التّنوخي، الملقب بسحنون، باسم طائر حديد؛ لحدته في المسائل، أصله شامي، وقدم أبوه إلى بلاد المغرب في جند حمص، أدركا مالكاً ـ رحمه الله ـ، ولكن منعه فقره من الرحيل إليه، فأخذ فقه مالك عن تلامذته، كابن القاسم، وابن وهب، وأشهب، كان سحنون فقيه أهل زمانه، وتولى القضاء بإفريقية (تونس) في آخر عمره إلى أن مات ـ رحمه الله ـ سنة 240هـ، وكان مولده سنة 160هـ . انظر: (الديباج المذهب، ص: 60، والفكر السّامي: (17/3)) .

أن يمسك عنان فرسه وهو قصير، فيبول، فيصيبه بوله"[2].

قال ابن رشد[3] (الجد) ـ رحمه الله ـ معلّقاً : "وإنما خُفف ذلك مع الضرورة؛ للاختلاف في نجاسته، كما خُفف المشي على أرواث الدواب، وأبوالها في الطرقات مع الضرورة إلى ذلك من أجل الاختلاف في نجاستها، وأما ما لا اختلاف في نجاسته فلا يخفف مع الضرورة"[4] .

2 ـ الأخذ بمراعاة الخلاف إنما يسوغ إذا دعت الضرورة إلى ذلك ، ويلمح هذا من كلام ابن رشد السابق رحمه الله.

3 ـ مراعاة الخلاف مبنية على النظر في مآل الأفعال، وما يترتب عليها من المصالح، ومفادها أن الحكم الثابت من حيث الأصل، إذا أفضى إلى مفسدة ، عُدِلَ عنه إلى حكم يُراعَى فيه دليل المخالف من بعض الوجوه[5] .

4 ـ العمل بمراعاة الخلاف واجب ، وهو بخلاف الخروج من الخلاف الذي يعد حكمه مستحباً . ويتضح ذلك من قول الإمام مالك ـ رحمه الله ـ في المثال السابق عن نكاح الشغار: إن الطلاق يلزم فيه إذ وقع ، وإن الميراث بين الزوجين يثبت. [6]

([1]) أي تدوسه . انظر : المعجم الوسيط : (279/1) .

([2]) البيان والتحصيل : (39/1) .

([3]) هو محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، أبو الوليد، زعيم الفقهاء بالأندلس والمغرب، الذي كان له المفزع في المعضلات، وكانت الدراية أغلب عليه من الرواية، مع أخذه منها بالحظ الأوفر، تولى القضاء ثم استعفى وأكب على التأليف، وتوفي ـ رحمه الله ـ سنة 520هـ . انظر: (الديباج المذهب، ص: 278، والفكر السامي (255/4)، وبغية الملتمس، ص: 54) .

([4]) البيان والتحصيل : (39/1) .

([5]) سيأتي شرح هذه النقطة باستفاضة ـ إن شاء الله ـ في المبحث المتعلق بصلة مراعاة الخلاف باعتبار المآل.

([6]) راجع: ص 51 من هذه الرسالة.

المبحث الثاني

صلة مراعاة الخلاف باعتبار المآل. وفيه فرعان :

المطلب الأول : مضمون اعتبار المآل وأدلته .

الفرع الأول : مضمون اعتبار المآل[1] :

قرر الإمام أبو إسحاق الشاطبي . رحمه الله . في "موافقاته" أن النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، سواء أكانت الأفعال موافقة للشرع أو مخالفة له .

وبيانه: إن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالمشروعية أو بغيرها، إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل .

فقد يكون الفعل مشروعاً . من حيث الأصل . لمصلحة فيه تُستجلب ، أو لمفسدة تُدرأ، ولكن له مآلاً على خلاف ما قُصد ، بما ينشأ عنه من مفسدة مساوية لما فيه من المصلحة، أو راجحة عنه ؛ فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية .

وقد يكون الفعل غير مشروع . من حيث الأصل . لمفسدة تنشأ عنه ، أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآلاً على خلاف ذلك؛ لما اشتمل عليه من مصلحة تساوي استدفاع المفسدة الأصلية، أو تزيد ؛ فلا يصح . حينئذ . إطلاق القول بعدم المشروعية[2] .

إذن، تبين مما سبق أنه لا ينبغي أن نقف عند ظاهر النص الآمر؛ فنحكم بمشروعية الفعل في جميع الظروف ، وفي كل الحالات ، حتى في تلك التي لا يحقق فيها الفعل المصلحة التي شُرعت لتحقيقها ، أو كان تحقيق الفعل لهذه المصلحة، يترتب عليه فوات مصلحة أهم ، أو حصول ضرر أكبر. وبالمثل، لا ينبغي أن نقف عند ظاهر النص المشتمل على نهي فنحكم بعدم مشروعية الفعل، في جميع الحالات، حتى لو أدى ذلك إلى حصول مفسدة أشد ، بل الواجب تحصيل أرجح المصلحتين، ودفع أشد الضررين . وإذا قلنا إن على المجتهد أن يوازن بين مصلحة

([1]) المآل من الأَوْل ، وهو الرجوع والصيرورة. يقال : فلان يؤول إلى كرم، أي يرجع ويصير إليه، انظر: المعجم الوسيط : (33/1). والمراد هنا ما يؤول إليه فعل المكلف.

([2]) انظر : الموافقات: (140/4).

الفعل وبين مفسدته، وأن يجعل الحكم للراجح منهما[1]، فليس ذلك خاضعاً للهوى والتشهي، وإنما يتم وفقاً لموازين قررها الشرع ؛ فالشرع مثلاً يقدم المصلحة الضرورية على الحاجية، والأصلية على المكملة، ومصلحة النفس على مصلحة المال ، والمصلحة العامة على الخاصة ، والمُحققة على المُتوهمة ، والحالَّة على المستقبلة[2].

وفضلا عن ذلك، فإن الترجيح بين المصالح والمفاسد من حيث حصولها في الواقع، إنما يكون بالعلم أو بالظن ، دون الاعتماد في ذلك على الشك أو الوهم[3] .

أما انبناء الرجحان على العلم في الشرع فلا يخفى وجوب العمل به ، وأما انبناؤه على الظن، فإن الشارع أنزل المظنّة منزلة المئنّة[4]، في عامة أحكام الفقه[5] .

وأما انبناء الأحكام الشرعية على الشك أو الوهم فضلاً عن الترجيح فيها، فغير مستساغ في شريعتنا.

وقد حكى القرافي[6] . رحمه الله . الإجماع على عدم اعتبار المشكوك فيه ، وأن حكمه حكم المعدوم الذي يجزم بعدمه[7] . ولئن كان كذلك ، فعدم اعتبار الموهوم أولى .

ويصف الإمام الشاطبي هذا النوع من الاجتهاد المراعي للمآل بأنه "مجال للمجتهد صعب المورد ، إلا أنه عذب المذاق ، محمودُ الغِبّ[8] ، جار على مقاصد الشريعة"[9] .

([1]) نقل الأصوليون الإجماع على وجوب العمل بالراجح . انظر : (الإحكام للآمدي : (460/4) ، والبحر المحيط للزركشي : (130/6)) .

([2]) انظر : نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي ، د. حسين حامد حسان ، ص : 163 . 194 ، نشر مكتبة المتنبي، القاهرة ، 1981م .

([3]) انظر : الموافقات : (42/2 . 43) .

([4]) المِئَنة : علامة الشيء . يقال : إن قصر الخطبة مئنة من فقه الرجل . وكل شيء دل على شيء فهو مئنته (المعجم الوسيط : (852/2) .

([5]) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام : (4/1) ، دار الجيل ، بيروت ، الطبعة الثانية ، 1400هـ . 1980م.

([6]) سبق ترجمته.

([7]) انظر : الفروق : (111/1) ، عالم الكتب . بيروت . بدون تاريخ .

([8]) الغِبُّ من كل شيء : عاقبته وآخره . يقال : لهذا الأمر مغبة طيبة ، راجع: المعجم الوسيط : (642/2) .

([9]) الموافقات : (141/4) .

الفرع الثاني : أدلة اعتبار المآل :

أ ـ أدلةٌ من الكتاب :

1 ـ قال تعالى : {ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم } [1].

وجه الاستدلال : سب الأوثان هو فعل مشروع من حيث الأصل؛ لما فيه من مصلحة توهين أمر الشرك، وإذلال أهله ، ولكن لما وُجِدَ له مآل آخر مراعاته أرجح، وهو سبهم لله تعالى ، نهي عن هذا العمل المؤدي إليه[2] .

قال ابن كثير[3] في تفسيره لهذه الآية : "هو ترك المصلحة؛ لمفسدة أرجحُ منها" [4] .

وقال ابن العربي[5] معلقا على ذلك : ".. منع الله في كتابه أحداً أن يفعل فعلاً جائزاً يؤدي إلى محظور"[6] .

2 ـ قال سبحانه : {إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أُهلّ به لغيرِ الله فمن اضطُر غيرَ باغٍ ولا عادٍ فلا إثم عليهِ إن الله غفورٌ رحيمٌ } [7] .

ووجه الاستدلال : أن أكل الميتة فعل غير مشروع من حيث الأصل ، ولكن لما كان الامتناع عن أكل الميتة، يؤول ـ في حال الاضطرار ـ إلى فوات مصلحة حفظ النفس ، أو يؤدي إلى البغي والعدوان ممن ليس دَأْبُه كذلك، أجيز تناوُلُه وقتئذ . فحفظ المُهْجَة[8] من الضرورات ، ولا ينبغي أن يتعطل بحفظ المستحسنات؛ من اجتناب النجاسات، وتناول بعض المحرمات، أولى من انتشار البغي والعدوان بين الأمة[9] .

([1]) سورة الأنعام ، الآية : 108 .

([2]) انظر : تعليق د. عبد الله دراز على هامش الموافقات : (142/4) .

([3]) سبق ترجمته.

([4]) تفسير القرآن العظيم : (170/2) .

([5]) سبق ترجمته.

([6]) أحكام القرآن : (743/2) .

([7]) سورة البقرة : الآية 173 .

([8]) المُهْجةُ : هي الروح . يقال جرحت مهجته ، وبذلت له مهجتي . والمهجة من كل شيء خالصه، انظر: (المعجم الوسيط: (889/2) ، ومختار الصحاح ، ص : 637) .

([9]) انظر : (الموافقات : (110/2) ، وتفسير التحرير والتنوير ، للشيخ محمد الطاهر بن عاشور : (120/2 ـ 121)، طبعة الدار التونسية للنشر ، 1984م) .

3 ـ قال عز من قائل : {يا أيها الذين ءامنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار... } [1] .

وجه الاستدلال : أن سفر المرأة بلا مَحْرم فعل غير مشروع من حيث الأصل ، ولكن لما كان هذا الفعل يؤول، إلى جلب مصلحة أرجح من مفسدة النهي، ألا وهي حفظ الدين ، أُذِن فيه؛ لأجل هذا المآل[2] .

ب ـ أدلةٌ من السنـة :

1 ـ عن عائشة[3] ـ رضي الله عنها ـ أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : "يا عائشةُ لولا أن قومك حديثُ عهدٍ بجاهلية، لأمرت بالبيت فهدم؛ فأدخلت فيه ما أخرج منه ، ولألزقته بالأرض ، وجعلت له بابين ؛ بابا شرقيا ، وباباً غربياً ، فبلغت به أساس إبراهيم"[4] .

ووجه الاستدلال : أن هدم الكعبة وبناءها على أساس إبراهيم ـ عليه السلام ـ فعل مشروع محقق للمصلحة؛ كما يدل عليه قول النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ ، بيد أن ذلك قد يجر مفسدة أكبر، من ترك الكعبة على ما هي عليه ، وهي خوف فتنة بعض من أسلم قريباً، وذلك لما كانوا يعتقدونه من فضل الكعبة؛ فيرون أن تغييرها عظيماً، فترك النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ القيام بهذه المصلحة لأمن الوقوع في المفسدة ، وهذا هو عين اعتبار المآل[5] .

2 ـ عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : "لا يجمع بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها"[6] .

([1]) سورة الممتحنة ، الآية : 10 .

([2]) انظر : مجموع الفتاوى لابن تيمية : (51/20) .

([3]) هي عائشة بنت أبي بكر الصديق ـ رضي الله عنهما ـ ، وزوج النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ، أعلم نساء الأمة التي روت لنا شطر الدين، توفيت سنة 57هـ . انظر: (أسد الغابة: (188/7)، وأعلام النساء، عمر رضا كحالة: (9/3)، مؤسسة الرسالة، بيروت، بدون تاريخ) .

([4]) صحيح البخاري ، كتاب : الحج ، باب : فضل مكة وبنيانها : (574/2) .

([5]) انظر : شرح النووي على صحيح مسلم : (89/9) ، وفتح الباري ، لابن حجر : (231/7) .

([6]) صحيح البخاري : كتاب النكاح ، باب : لا تنكح المرأة على عمتها : (1965/5) .

ووجه الاستدلال : أن زواج الرجل من المرأة الأجنبية الثانية فعل مشروع من حيث الأصل، ولكن لما كان الجمع بين المرأة وعمتها ، أو بين المرأة وخالتها ، قد يؤدي إلى قطع الرحم . لما ينشأ عادة بين الضرّات من الإضرار ببعضهن . مُنع من هذا الفعل؛ لأجل هذا المآل[1] .

3 . عن بُسْرِ بن أَرْطَأة[2] . رحمه الله . قال : سمعت النبي . صلى الله عليه وسلم . يقول: "لا تُقطع الأيدي في الغزو"[3] .

وجه الاستدلال : أن قطع يد السارق فعل مشروع من حيث الأصل ، لكن تنفيذه في حال الغزو، قد يدفع مقطوع اليد، إلى اللحاق بالعدو حميّةً وغضبا ؛ فلأجل ذلك، مُنِع من إقامة الحد في هذه الحال ، خشية أن يترتب عليه، ما هو أبغضُ إلى الله من تعطيله، أو تأجيله[4] .

المطلب الثاني : صلة مراعاة الخلاف باعتبار المآل

من المقرر في مذهب مالك . رحمه الله . أن الولي شرط في صحة عقد النكاح؛ فلا يجوز لامرأة أن تزوج نفسها، ولا غيرها؛ لقوله . صلى الله عليه وسلم . : "لا نكاح إلا بولي"[5] ، ولاعتبارات عقلية منها: أن المرأة ناقصة بالأنوثية؛ كالأمة ، وأنه عقد نكاح فوجب افتقاره إلى ولي العقد؛ كالعقد على الصغيرة ، وأن الحيطة في الفروج مطلوبة، فربما حملت المرأةَ شهوةُ النكاح؛ فمالت إلى الرجال تسرعاً؛ فوضعت نفسها من غير كفؤ، فألحقت عاراً بأوليائها.

([1]) انظر: نيل الأوطار للشوكاني: (287/6)، دار الجيل، بيروت، 1973م .

([2]) وقيل: هو ابن أبي أرطأة، واسمه عمرو بن عويمر بن عمران بن الحُلَيس. قال الدارقطني: له صُحبة، ولم تكن له استقامة بعد النبي . صلى الله عليه وسلم .، توفي أيام معاوية، وقيل: توفي بالشام أيام عبد الملك بن مروان، وكان قد خرّف آخر عمره. انظر: أسد الغابة : (213/1) .

([3]) تحفة الأحوذي بشرح سنن الترمذي: أبواب الحدود، باب: ما جاء أن لا يقطع الأيدي في الغزو: (11/5 . 12) .

([4]) انظر : إعلام الموقعين : (5/3) .

([5]) سنن ابن ماجة : كتاب : النكاح ، باب : لا نكاح إلا بولي : (428/2) ، دار المعرفة . بيروت ، الطبعة الأولى، 1416هـ . 1996م .

فإن زوجت المرأة نفسها أو غيرها ، فالنكاح فاسد[1] ، لا يصح بوجه، ويفسخ قبل الدخول وبعده ، وفي كيفية فسخه روايتان : إحداهما بطلاق، لأنه نكاح مختلف فيه ، فاحتيط بأن يكون فسخه طلاقاً ، والأخرى أنه فسخٌ بغير طلاق[2] .

ويرى الإمام مالك في إحدى الروايتين عنه أن نكاح المرأة بلا ولي فاسد ، فإن وقع لزم الطلاق ، وثبت الميراث[3] .

ويؤكد القاضي عبد الوهاب[4] . رحمه الله . هذا القول إذ يقول : "وحكمه في وجوب العدّة ، ولحوق النسب، وتحريم المصاهرة، حكمُ النكاح الصحيح"[5] .

والضابط في المذهب أن النكاح المتفق على حرمته؛ كنكاح المحارم، لا يثبت ولا يترتب عليه شيء من ثمرات العقد الصحيح، وأما ما اختلف فيه؛ كنكاح الشغار، أو نكاح المُحْرِم ، أو نكاح من نكح على خطبة أخيه، فإنه يوجب ترتب بعض ثمرات الصحيح عليه[6] .

ويشرح الأستاذ عبد الله دراز[7] . رحمه الله . موقف الإمام مالك في رَعْيِه لدليل المخالف، لما يترتب عليه بعد الوقوع، في مثل هذه المسألة؛ فيقول : "إن المكلّف واقع دليلاً في الجملة ، وإن كان مرجوحاً ، إلا أن التفريع على البطلان الراجح في نظره، يؤدي إلى ضرر ومفسدة أقوى من مقتضى النهي على ذلك القول، وهذا منه مبنيٌّ على مراعاة المآل في نظر الشارع"[8] .

ويقول الإمام الشاطبي . رحمه الله . : "وإجراؤهم النكاح الفاسد مجرى الصحيح في هذه الأحكام [أي ثبوت الميراث والنسب] ، وفي حرمة المصاهرة، وغير ذلك، دليل على الحكم بصحته على الجملة ؛ وإلا كان في حكم الزنى ، وليس في حكمه باتفاق . فالنكاح المختلف فيه قد يراعى

([1]) بمعنى باطل على رأي الجمهور غير الحنفية . انظر: (المستصفى للغزالي : (95/1) ، طبعة بولاق ، مصر، الطبعة الأولى ، 1322هـ ، والإحكام للآمدي : (113/1) ، وكشف الأسرار لعبد العزيز البخاري: (29/1)، نشر الصدف ببلشرز، كراتشي، بدون تاريخ .

([2]) انظر : المعونة للقاضي عبد الوهاب : (727/2 . 728) .

([3]) انظر : المدونة الكبرى : (153/2) .

([4]) سبق ترجمته .

([5]) المعونة : (729/2) .

([6]) انظر : (المدونة : (154/2 . 155) ، ومنار أصول الفتوى ص : 311، وشرح حدود ابن عرفة: ص : 263).

([7]) عالم أزهري معاصر .

([8]) هامش الموافقات : (146/4) .

فيه الخلاف، فلا تقع فيه الفرقة إذا عُثر عليه بعد الدخول ، مراعاة لما يقترن بالدخول من الأمور التي ترجح جانب التصحيح[1] .

وهذا كله نظراً إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنّقض والإبطال؛ من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي، أو تزيد .

إذن، ثبت مما سبق أن قاعدة مراعاة الخلاف، وثيقة الصلة باعتبار المآل ، وأن اعتبار المآل، من الأصول الشرعية التي تنبني عليها .

([1]) كما في الأنكحة الفاسدة للصداق ، كأن يكون خمراً أو خنزيراً ، فإن عثر عليه قبل الدخول فُسِخ ، وأما إذا لم يعثر عليه إلا بعد الدخول ، ففيه خلاف في المذهب ، وفي إحدى الروايتين يثبت العقد ، ويجب صداق المثل ، كرأي أبي حنيفة والشافعي ، والحنابلة . ويبدو أن المالكية قالوا بذلك مراعاة للخلاف داخل المذهب وخارجه . انظر : (تحفة الفقهاء : (137/1) ، والمعونة : (751/2) ، والأم للشافعي : (47/5) ، دار المعرفة ، بيروت ، بدون تاريخ. والمغني: (695/6)) .

المبحث الثالث
صلة مراعاة الخلاف بالاستحسان

المطلب الأول : التعريف بالاستحسان وبيان أدلته. وفيه فرعان:

الفرع الأول : تعريف الاستحسان :

أ . **تعريفه لغة** : الاستحسان في اللغة عد الشيء واعتقاده حسناً[1] ، ولا خلاف بين العلماء في جواز استعمال لفظ الاستحسان ؛ لوروده في القرآن الكريم؛ كقوله تعالى: {الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه} [2] ، ولوروده في السنة كما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه موقوفاً : "ما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"[3] ، ولو روده في عبارات بعض الفقهاء ، كقول الشافعي . رحمه الله . : "أستحسن في المُتعة[4] أن تقدر ثلاثين درهما" وقوله: "رأيت بعض الحكام يحلف على المصحف وذلك حسن" ، وقوله في مدة الشفعة[5] : "وأستحسن ثلاثة أيام"[6] .

وإنما الخلاف في معناه وحقيقته، فمن ظن أنه القول في الدين بالهوى والتشهي والعقل المجرد ، كالشافعية والظاهرية منعه[7] ، ومن رأى أنه ترك قياس مطّرد؛ لدليل أقوى منه؛

([1]) انظر : القاموس المحيط للفيروز آبادي : (214/4)، مؤسسة الحلبي وشركاه . القاهرة، بدون تاريخ .

([2]) سورة الزمر الآية : 18 .

([3]) الفتح الرباني ترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني مع شرحه بلوغ الأماني لأحمد عبد الرحمن البنا ، كتاب : المناقب ، باب: ذكر مناقبهم على الإجمال : (170/22) ، دار الشهاب ، القاهرة ، بدون تاريخ قال صاحب الشرح : وهو صحيح الإسناد، وقال الحافظ علي بن أبي بكر الهيثمي : رجاله موثقون: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد (177/1) ، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثالثة ، 1402هـ . 1982م .

([4]) ما يعطى للمرأة بعد طلاقها . انظر: القاموس الفقهي ، ص : 335 .

([5]) هي تملك البقعة جبرا بما قام على المشتري بالشركة والجوار : التعريفات، لعلي بن محمد الجرجاني ، ص: 92، دار الفكر ، الطبعة الأولى ، 1418هـ . 1997م .

([6]) انظر : البحر المحيط للزركشي : (95/6) .

([7]) انظر : (الإبهاج في شرح المنهاج لتاج الدين السبكي : (188/3) ، دار الكتب العلمية، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1404هـ . 1984م . والرسالة ص504، والإحكام في أصول الأحكام لابن حزم: (17/6)، نشر دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط1، 1400هـ . 1980م).

كجمهور الحنفية والمالكية والحنابلة ، اعتبره حجة شرعية[1]. وعند التحقيق يتبين أن الخلاف بين الفريقين لفظي، إذ إنه لم يقع على محل واحد؛ فقد ذهب المانعون إلى ذلك ظناً منهم أن الاستحسان قول بالهوى فحسب، فلما تبين أن الاستحسان مستَنِدٌ إلى أدلة شرعية، لم يبق مبرر لنقل هذا الخلاف، لأنه في معنى الوفاق، وقد صرح بذلك ابن السمعاني[2] رحمه الله تعالى[3].

وقبل الشروع في الحديث عن أقسام الاستحسان، ومشروعيته، ومن ثم بيان الصلة بينه وبين مراعاة الخلاف يجب بيان معناه في اصطلاح العلماء؛ لأن الحكم على الشيء يقتضي سبق تصوره.

ب ـ تعريفه اصطلاحاً :

عُرف الاستحسان بتعريفات كثيرة ، تفتقر كثير منها إلى شروط التعريف بالحد، من كونه جامعاً لأفراد المحدود ، مانعاً لغيره، وما ذاك إلا لصعوبة تصوّره، حتى قال بعضهم إنه دليل ينقدح في نفس المجتهد تقصر العبارة عنه[4] ، وإليك بعضاً منها :

1 . عرفه بعضهم . كما أشار إليه فخر الإسلام البزدوي[5] رحمه الله . بقوله : "هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه"[6]، وهو غير جامع لكلّ أنواع الاستحسان؛

([1]) انظر : (كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري : (2/4) ، وشرح تنقيح الفصول للقرافي، ص : 355 ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1418هـ . 1997م ، وروضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة مع شرحه نزهة الخاطر العاطر لعبد القادر بن مصطفى بدران الدومي : (407/1) ، دار الكتب العلمية ، بيروت، بدون تاريخ) .

([2]) هو منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي الشافعي، أبو المظفر ، ابن الإمام أبي منصور، الفقيه الأصولي الثبت، من مصنفاته "القواطع" في أصول الفقه . ولد سنة 426 وتوفي سنة : 489هـ . انظر: طبقات الشافعية الكبرى ، لتاج الدين السبكي : (335/5 . 336) .

([3]) انظر: البحر المحيط للزركشي : (89/6 . 90) .

([4]) انظر : إرشاد الفحول : (803/3) .

([5]) هو علي بن محمد بن الحسين البزدوي نسبة إلى "بزدة" وهي قلعة قرب نسف على طريق بخاري، أبو الحسن، الملقّب بفخر الإسلام، ويأبي العُسْرِ؛ لصعوبة فهم مؤلفاته، واقتضائها جهداً في متابعة دقائقها، الفقيه، الأصولي، الحنفي، إمام الأصحاب بما وراء النهر. ولد سنة 400هـ، وتوفي سنة 482هـ. من مؤلفاته: كنز الوصول إلى معرفة الأصول، الشهير بأصول البزدوي، الذي حظي بشروح كثيرة. انظر: (تاج التراجم في طبقات الحنفية، لقاسم بن قطلوبغا، ص: 41، مطبعة إيجو كيشل، كراتشي، الطبعة الثانية، 1401هـ، والأعلام للزركي: (328/4)) .

([6]) كشف الأسرار على أصول البزدوي لعبد العزيز البخاري : (7/4) .

كالاستحسان الثابت بالإجماع ، أو بالعرف ، أو بالضرورة ، أو بالمصلحة[1] .

2 . وقال العلاّمة الكرخي[2] رحمه الله : "الاستحسان هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها، إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول" ، ويلزم عليه، أن يكون العدول عن العموم إلى التخصيص ، وعن المنسوخ إلى الناسخ استحساناً، وليس كذلك[3] .

3 . وعرفه الإمام ابن العربي[4] رحمه الله بأنه : "إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص ، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته"[5] .

4 . وقال ابن رشد (الجد) [6] . رحمه الله . : " ... قال مالك : تسعة أعشار العلم الاستحسان ، وإذ أدى طرد القياس إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه ، كان العدول عنه إلى الاستحسان أولى ، ولا تكاد تجد التغرّق في القياس إلاّ مخالفاً لمنهاج الشريعة"[7] .

5 . وذكر ابن قدامة[8] . رحمه الله . بأن للاستحسان ثلاثة معاني، إحداها : "العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة"[9] . ويبدو أنه يَرِدُ على هذا التعريف من الاعتراضات ما ورد على تعريف الكرخي.

([1]) راجع : المرجع نفسه : (7/4) .

([2]) هو عبيد الله بن الحسن بن دلال الكرخي، أبو الحسن، الفقيه الحنفي، ولد سنة 260هـ بكرخ، وعاش ببغداد، حيث أخذ الفقه عن أبي سعيد البردعي من إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة ببغداد بعد أبي حازم وأبي سعيد. من آثاره المختصر، والجامع الكبير، والجامع الصغير، توفي . رحمه الله . سنة 340هـ. انظر: (تاج التراجم، ص: 39، والفكر السامي: (109/3)) .

([3]) انظر: كشف الأسرار : (7/4).

([4]) سبق ترجمته .

([5]) راجع: (الموافقات : (150/4) ، والاعتصام : (139/2)) .

([6]) سبق ترجمته .

([7]) البيان والتحصيل : (120/11) .

([8]) هو شمس الدين، محمد بن أحمد بن عبد الله الهادي، ابن قدامة المقدسي الجماعيلي الأصل، ثمّ الدمشقي، الصالحي، أبو عبد الله، أحد كبار فقهاء الحنابلة، ولد سنة 705هـ، وتوفي بظاهر دمشق سنة 744هـ، ومن مصنفاته: المغني شرح مختصر الخرقي، ولمعة الاعتقاد. انظر: (البداية والنهاية لابن كثير: (215/14)، المكتبة القدوسية، لاهور، الطبعة الأولى، 1404هـ . 1984م، والأعلام: (191/4)، والفكر السامي: (436/4)) .

([9]) روضة الناظر مع نزهة الخاطر العاطر : (407/1) .

يستفاد من مجموع هذه التعاريف أن المقصود بالاستحسان هو العدول عن قياس جلي إلى قياس خفي أقوى منه ، أو استثناء مسألة جزئية من أصل كلي، على سبيل الترخص، لدليل تطمئن إليه نفس المجتهد، يقتضي هذا الاستثناء أو ذاك العدول . والعدول الاستثنائي هو الاستحسان ، والدليل الذي اقتضاه هو وجه الاستحسان ، أي سنده ، والحكم الثابت به هو الحكم المستحسن ، وذلك على خلاف القياس؛ الذي هو هنا بمعنى الأصل الكلي أو القاعدة العامة[1] .

الفرع الثاني : أنواع الاستحسان :

يتنوع الاستحسان من جهة مستنده إلى الأنواع التالية :

1 . **الاستحسان بالنص** : وهو أن يرد من الشارع نص خاص في جزئية، تقتضي حكماً لها، على خلاف الحكم الثابت لنظائرها، بمقتضى القواعد العامة . فالقاعدة العامة تقتضي . مثلاً . بطلان بيع المعدوم ، ولكن استثني السّلَم[2] ، وهو بيع ما ليس عند الإنسان وقت العقد، بنص خاص، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : "من أسلف في شيء؛ ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم"[3] .

وقد أقر الإمام الغزالي[4] . رحمه الله . هذا النوع وقال إنه مما لا يُنك ، ولكنه استنكر وجه تسميته استحساناً، وسماه الحنفية كذلك، ولا مشاحة في الاصطلاح[5] .

2 . **الاستحسان بالإجماع** : هو أن يفتي المجتهدون في مسألة على خلاف الأصل في أمثالها ، أو أن يسكتوا عن فعل الناس دون إنكار ، وذلك كعقد الاستصناع[6] ، فإنه جائز استحساناً ، ومقتضى القياس بطلانه ، لأنه عقد على معدوم ، ووجه الاستحسان، جريان التعامل

([1]) انظر : الوجيز في أصول الفقه ، د. عبد الكريم زيدان ، ص : 231 ، طبعة دار الكتب الإسلامية ، لاهور .

([2]) السلم : "نوع من البيوع يعجل فيه الثمن، وتضبط السلعة بالوصف إلى أجل معلوم" : القاموس الفقهي، ص:171 .

([3]) صحيح البخاري ، كتاب السلم ، باب : السلم في وزن معلوم : (781/2) .

([4]) سبق ترجمته .

([5]) انظر : (كشف الأسرار : (5/4) ، والمستصفى : (139/1)) .

([6]) هو أن يتعاقد شخص مع صانع على صنع شيء نظير ثمن معلوم . انظر : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني: (2/5) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بدون تاريخ .

به بين الناس دون إنكار من أحد ؛ فكان إجماعاً يُترك به القياس، مراعاةً لحاجة الناس، ودفعاً للحرج عنهم[1] .

3 . الاستحسان بقاعدة رفع الحرج والمشقة :

وقد مثل لها المالكية بدخول الحمام بأجر معلوم ، من غير تقدير مدة اللبث، أو الماء المستعمل ، فالأصل في ذلك المنع ، لما يفضي إليه من الغرر، غير أن نفي الغرر في العقود جملة ليس بمقدور، وفيه ضيق وحرج ، فوجب . إذن . التسامح في الغرر اليسير ، رفعاً للمشقة، وتوسعة على الناس[2] .

4 . الاستحسان بالعرف :

ويُمثل لترك مقتضى الدليل للعرف، بالأيمان إذ تُرَدُّ إليه ، فإن حلف شخص ألا يدخل بيتاً، فإنه لا يحنث بدخول المسجد ؛ لأنه وإن سُمي بيتا لغة ، فيشمله عموم اللفظ ، إلا أنه لا يُطلق عليه لفظ البيت، في عرف التخاطب؛ فتُرك العموم من حيث اللغة، وصِير إلى العُرف ، على سبيل الاستثناء والترخص[3] .

5 . الاستحسان بالضرورة :

وهو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس، والأخذ بمقتضى الضرورة، أو الحاجة[4] ، ومثل له الحنفية بتطهير الآبار التي تقع فيها نجاسة ، فمقتضى القياس أن لا يمكن تطهيرها بنزح الماء، أو بعضه؛ لأن نزح بعض الماء من البئر، لا يؤثر في طهارة الباقي ، ونزح

([1]) انظر : (كشف الأسرار : (5/4) ، والموافقات : (150/4)) .

([2]) انظر : الموافقات : (150/4) .

([3]) انظر : (نشر البنود على مراقي السعود، لعبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي: (256/2)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1409هـ . 1988م، والموافقات: (150/4)) .

([4]) يقصد بها الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة . انظر : (الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي : (126/1)، نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ، كراتشي ، بدون تاريخ ، والأشباه والنظائر للسيوطي، ص:126).

كل الماء لا يفيد في طهارة ما ينبع من ماء جديد ، لملاقاته محل النجاسة في قاع البئر وجدرانه ، إلا أنهم حكموا بالطهارة بنزح قدر معين من الماء منها ، استحساناً للضرورة[1] .

6 . الاستحسان بالمصلحة :

وقد مُثِّل له بـ"تضمين الصناع ما يتلف بأيديهم من السلع التي تسلموها للعمل فيها بالأجر، فإن القاعدة العامة تقضي بعدم ضمانهم ؛ لأن الأصل فيهم الأمانة، والأمين لا يضمن، فكان القول بالتضمين استثناء من هذه القاعدة بالمصلحة ، وَوَجْهُ المصلحة أن في التضمين حفظاً لأموال أصحاب السلع ، وذلك بعد أن ضعف سلطان الدين على النفوس، وتفشت الخيانة بين طائفة الصناع ، فلو لم يُحكم بالضمان لاتّخذ الصناع ذلك ذريعة إلى دعوى التلف والهلاك ، ولعجز أرباب السلع عن إثبات تعديهم، أو تقصيرهم؛ فتضيع الأموال..."[2] ، ونظير ذلك أفتى بعض الفقهاء بتضمين الأجير المشترك[3] . وإن لم يكن صانعاً . استحساناً، رعاية لمصلحة الناس، وصيانة لأموالهم[4].

7 . الاستحسان بالقياس الخفي :

وهذا يرجع النوع إلى تعارض قياسين ، أحدهما خفي، والآخر ظاهر ، فَيُرَجِّحُ بينهما بحسب قوة التأثير؛ فيكون القياس الخفي قويّاً والظاهر ضعيفاً، فيعمل بالقياس القوي الأثر، دون النظر إلى جلائه، أو خفائه[5] ، ويسمي الحنفية القياس الخفي المقابل للقياس الظاهر استحساناً،

([1]) انظر : (الهداية في شرح بداية المبتدئ لأبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني : (24/1)، وأصول الفقه ، د.وهبة الزحيلي : (745/2) ، دار الفكر، دمشق ، الطبعة الأولى ، 1986م) .

([2]) أصول الفقه ، د. حسين حامد ، ص : 369 ، دار النهضة العربية ، 1970م .

([3]) انظر: الأجير المشترك: من يعمل لغير واحد كالصباغ: (التعريفات ص: 13) .

([4]) انظر: (الموافقات: (150/4) ونشر البنود: (256/2)، والاعتصام : (141/2) ونظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة المرسلة، محمد عبد اللطيف فرفور، ص: 88، دار دمشق، الطبعة الأولى 1987م).

([5]) مثل الإمام البزدوي لذلك بترجيح العقبي وإن كانت باطنة على الدنيا وإن كانت ظاهرة بقوة الأثر وهو الدوام والخلود والصفوة. انظر: كشف الأسرار: (12/4) .

بينما يرى غيرهم من الفقهاء أنه نوع من القياس جرى الترجيح فيه بين العلل بحسب قوة تأثيرها، ولا مشاحة في الاصطلاح ما دامت الحقائق محل اتفاق[1] .

وقد مُثل له بمسألة سُؤر سباع الطيور؛ كالصقر والحدأة والنسر والغراب ، فقيل : إن القياس يوجب نجاستها ، وذلك قياساً على سباع البهائم؛ كالفهد والذئب والأسد واالنمر؛ بجامع العلة بينهما، وهي أن لحم كل منهما نجس لا يؤكل ، وهذا هو القياس الظاهر، غير أن الفقيه إذا أمعن النظر، وجد أن هذه العلة ليست وصفاً مؤثراً في النجاسة ، وإنما الوصف المؤثّر هو نزول اللعاب المتصل باللحم النجس، وهذه العلة غير موجودة في سباع الطير ؛ لأنها وإن كانت نجسة، إلا أن هذه النجاسة لا تتصل بالماء ، لأنها تشرب بمنقارها ، وهو عظم طاهر جاف لا رطوبة فيه ، والعظم لا يُحكم بنجاسته من الميت، فضلا عن الحي. إذن، ثبت أن سؤر سباع الطيور طاهرٌ قياساً على سؤر الآدمي ، إلا أن ذلك يُكرهُ ؛ لأن سباع الطير لا تحترز من الميتة والنجاسة ، وبه ظهر أن أثر القياس الخفي أقوى من القياس الجلي [2] .

الفرع الثالث : مشروعية الاستحسان

تقرر مما سبق أن الاستحسان حجة شرعية ، وحاصله "العمل بأقوى الدليلين"[3] ، فخرج . إذن . عن كونه حُكماً بالهوى والتشهي . وفيما يلي أدلته من الكتاب والسنة والمعقول:

أ . **فمن الكتاب** قوله تعالى : {يريد الله بكم اليُسر ولا يريد بكم العُسر} [4] ، والأخذ

([1]) انظر: (فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت لمحب الله بن عبد الشكور: (320/2)، والتوضيح مع شرحه التلويح، لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي: (232/2)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1322هـ، والإحكام للآمدي: (269/2) .

([2]) يرى بعض الفقهاء أن هذا المثال يندرج تحت نوع الاستحسان بالضرورة. انظر: (كشف الأسرار (7/4)، التقرير والتحبير لابن أمير الحاج : (223/3)) .

([3]) وهو من كلام أبي الوليد الباجي نقلا عن محمد بن خويز منداد من المالكية أنه مذهب أصحاب مالك . انظر : شرح تنقيح الفصول للقرافي ، ص : 355 . والبحر المحيط : (88/6)، وإحكام الفصول في أحكام الأصول، للباجي: (564/2)، تحقيق: د. عبد الله محمد الجبوري، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1409هـ . 1989م .

([4]) سورة البقرة الآية : 185 .

بالاستحسان ترك العسر إلى اليسر ، وهو أصل في الدين[1] .

ب . **ومن السنة** ما ورد في بيع السّلم، والإجارة[2]، وبقاء الصوم على فعل الناسي للمنافي . فأما السلم فقد بيناه، وأما الإجارة فإن القياس يأبى جوازها؛ لأن المعقود عليه، وهو المنفعة، معدوم في الحال ، ولا يمكن جعل العقد مضافاً إلى زمان وجوده ؛ لأن المعاوضات لا تحتمل الإضافة كالبيع والنكاح ، إلا أننا تركناه لقوله . صلى الله عليه وسلم . عن ابن عمر[3] . رضي الله عنهما . "أَعْطُوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه"[4] ؛ فدل على أن أجره دليل صحة العقد . وكذلك الأكل نسياناً؛ فإنه يوجب فساد الصوم في القياس ؛ لأن الشيء لا يبقى مع وجود منافيه؛ كالطهارة مع الحدث ، إلا أنه استثني بقوله . صلى الله عليه وسلم . : "من أكل ناسياً ، وهو صائم ، فلْيُتمّ صومه ، فإنما أطعمه الله وسقاه"[5].

جـ . وأما حجيته من المعقول فما يلي:

أولاً : إن سند الاستحسان في الواقع هو رعاية المصالح التي شهدت لها نصوص الشريعة ، سواء أكانت هذه الشهادة بنص شرعي معين ، يُخرج واقعة من حكم نظائرها ، أو بمعقول نص معين ، يتوصل الفقيه فيه إلى علة خفية، قوية التأثير، ملائمة لتصرفات الشرع، أو بمعقول جملة نصوص، اجتمعت على معنى واحد ، وتتمثل في قاعدة المصالح الضرورية والحاجية. ويبدو أن جميع أنواع الاستحسان إنما ترجع في الواقع إلى استحسان المصلحة[6]. ولذلك عرف الشاطبي . رحمه الله . الاستحسان بأنه : "الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي"[7] .

([1]) انظر: نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة المرسلة، د. محمد عبد اللطيف الفرفور، ص:73.

([2]) الإجارة: هي تمليك المنافع بعوض. انظر: التعريفات، ص: 12 .

([3]) سبق ترجمته .

([4]) سنن ابن ماجة ، كتاب : الرهون ، باب : أجر الأجراء : (162/3) .

([5]) صحيح البخاري ، كتاب : الأيمان والنذور ، باب : إذا حنث ناسياً في الأيمان : (2455/6) .

([6]) نقل ابن العربي أن مالكا يستحسن بالمصلحة وأبا حنيفة يستحسن بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس. وإذا تأملت رأي أبي حنيفة وجدته مبنيا على المصلحة كذلك. انظر : (الفكر السامي: 151/1، أصول الفقه، د. حسين حامد، ص : 382 . 383، والاستصلاح والمصالح المرسلة في الشريعة الإسلامية وأصول فقهها، للشيخ مصطفى أحمد الزرقا، ص: 32، دار القلم، دمشق، ط1، 1408هـ . 1988م).

([7]) الموافقات : (148/4 . 149) .

وبهذا يرجع الاستحسان إلى أصل معتبر، جاءت الشريعة لتحصيله، ألا وهو المصلحة.

وقد ذكر جماعة من المحققين أن الحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه ؛ وإنما الخلاف في الواقع في اعتبار العرف، أو المصلحة، صالحة لتخصيص الدليل العام.

فإنهم اتفقوا على قبول ما يتم فيه العدول عن موجب دليل، إلى موجب دليل أقوى منه .

واتفقوا على رد استحسان الهوى، وتوهم المصلحة.

واختلفوا في قبول ما كان مبنيا على المصلحة، أو العرف ، بناء على موقفهم منهما في الأصل[1] .

ثانياً : ثبت من استقراء الوقائع وأحكامها أن اطّراد القياس ، واستمرار العموم ، قد يؤدي في بعض الوقائع، إلى تفويت مصلحة، وجلب مفسدة .

ثالثاً : ثبت من استقراء النصوص الشرعية أن الشارع الحكيم عدل في بعض الوقائع عن موجب القياس، جلباً لمصلحة، أو درءاً لمفسدة[2] .

بيد أن الإمام الشوكاني[3] . رحمه الله . يرى أنه لا فائدة من إفراد الاستحسان ببحث مستقل؛ لأنه إن كان راجعاً إلى الأدلة فهو تكرار ، وإن كان خارجاً عنها ، فليس من الشرع في شيء[4].

المطلب الثاني : بيان صلة مراعاة الخلاف بالاستحسان

بعد الحديث عن الاستحسان يأتي بيان الصّلة الوثيقة بين الاستحسان وبين مراعاة الخلاف، وتجلية نقاط التشابه والاختلاف بينهما.

فمراعاة الخلاف ما هي إلاّ وجه من وجوه الاستحسان، وصورة من صوره، وإن اختلفت عنه بعض الشيء.

([1]) انظر: (إرشاد الفحول للشوكاني : (805/3) ، ونهاية السول لجمال الدين الإسنوي: (402/4)، والفكر السامي للحجوي : (150/1)) .

([2]) انظر: نظرية الاستحسان ، ص : 74.

([3]) سبق ترجمته .

([4]) إرشاد الفحول : (805/3) .

وقد نقل الإمام الشاطبي . رحمه الله . عن بعض الفقهاء قولهم : إن مراعاة الخلاف هي من جملة أنواع الاستحسان[1]، وهذا ما قرره القاضي أبو العباس القباب[2] في مراسلته مع الشاطبي[3] ، وهو ما ذكره الحجوي في "الفكر السامي"[4] .

وَوَجهُ كون مراعاة الخلاف من صور الاستحسان . فيما يبدو . أنها عبارة عن عدول عن مقتضى القياس إلى حكم خاص ، بعد وقوع الحادثة ، على سبيل الاستثناء والترخص .

فالإمام مالكٌ . رحمه الله تعالى . يقول . مثلاً . في المثال الذي سبق ذكره . ببطلان الزواج بلا ولي ، ومقتضى هذا الحكم . في رواية . أن يفسخ بطلاق إذا وقع ، ويلزم عنه أن لا يترتب عليه شيء من ثمرات العقد الصحيح ؛ كثبوت الميراث والنسب ، ووجوب العدة ، والحرمة بالمصاهرة .

بيد أن مالكاً . رحمه الله . عدل عن مقتضى هذا القياس، إلى القول بترتب ثمرات العقد الصحيح عليه ، بعد وقوع الزواج ، مراعاة لمن يقول بصحته . وعدوله عن سَنَنِ القياس إلى غيره ، استحسانٌ بني على اعتبار المصلحة ، متمثلة في درء المفاسد الناشئة عن القول بمقتضى الحكم الأصلي .

ومع كون مراعاة الخلاف من جملة صور الاستحسان ، فهي تختلف عنه من وجه آخر يميزها عنه .

نقل صاحب الفكر السامي[5] القول عن أبي محمد صالح الهسكوري[6] "أن الاستحسان [هو] الأخذ بأقوى الدليلين ، ومراعاة الخلاف أخذٌ بهما معا من بعض الوجوه"[7] .

([1]) انظر : الاعتصام : (145/2) .

([2]) سبق ترجمته .

([3]) انظر : المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب ، للونشريسي ، ص : 393 .

([4]) انظر : (150/1) ، (455/2) .

([5]) هو محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي .

([6]) هو من أهل فاس ، نشأ في بيت صلاح ، كان يُضربُ به المثل في العدالة ، وكان شيخ المغرب علماً وعملاً ، له تقييد على الرسالة لأبي زيد القيرواني . توفي . رحمه الله . سنة : 653هـ . انظر : الفكر السامي: (271/4).

([7]) (455/2) .

وهذا قول صائب . كما يبدو والله أعلم . فإن الاستحسان أخذ بأقوى الدليلين كما تبين، ومراعاة الخلاف هي توسط بين موجب الدليلين ، وإعطاء كل واحد منهما حكمه ، كما مر بنا في تعريف القبّاب لها .

وبيانه بالمثال: أن مالكاً . رحمه الله . يقول بفساد نكاح بصداق محرّم .

ووجه فساده أن الصداق شرط في صحة النكاح[1] ، ومن شروط الصداق أن يكون جائز التملك . فإن فقد الصداق شرطه، فسد ، فعاد على أصله . وهو النكاح . بالبطلان . وعليه، فإذا وقع عقد نكاح بهذه الصورة، فُسِخَ قبل الدخول ، فإن تم الدخول، صحّ عندئذٍ في رواية، وكان فيه صداق المثل، مراعاة لقول غيره من الفقهاء .

ففي هذا المثال، أخذ مالك بموجب الحكم الأصلي . وهو بطلان النكاح قبل الدخول . فقال بالفسخ . كما أخذ بموجب ما عدل عنه . وهو دليل المخالفين المبيّن لصحة العقد ، مع وجوب إعطاء مهر المثل . بعد الدخول؛ فقال بثبوته، مع وجوب صداق المثل[2].

([1]) انظر : المعونة : (750/2) .

([2]) انظر : (المعونة : (250/2 . 252) ، والقوانين الفقهية لابن جُزَي المالكي ، ص : 135 ، دار الكتب العلمية، بيروت) .

الفصل الثاني

تحقيق مراعاة الخلاف

يحتوي هذا الفصل على مبحثين:

المبحث الأول : تحرير حجية ما تعلق بمراعاة الخلاف من المسائل، وفيه مطلبان:

المطلب الأول : في قولهم : اختلاف العلماء رحمة ، وفيه فرعان :

الفرع الأول : تحقيق الأثر سندا ومتناً.

الفرع الثاني : تحقيق مسألة الخطأ والإصابة في الاجتهاد.

المطلب الثاني : هل النهي يقتضي الفساد ؟ ، وفيه فرعان:

الفرع الأول : تعريف النهي وبيان صيغته ، ووجوه استعمالها ، مع بيان دلالته.

الفرع الثاني : تحرير مسألة اقتضاء النهي للفساد، أو عدمه.

المبحث الثاني : تحرير حجية مراعاة الخلاف ، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : موقف المذاهب الأئمة من مراعاة الخلاف.

المطلب الثاني : تحرير حجية مراعاة الخلاف، وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول : أدلة القائلين بمراعاة الخلاف.

الفرع الثاني : أدلة المانعين من مراعاة الخلاف.

الفرع الثالث : شروط العمل بمراعاة الخلاف.

المطلب الثالث : مسائل تنبني على القول بمراعاة الخلاف.

المبحث الأول

تحرير حجية ما تعلق بمراعاة الخلاف من المسائل

المطلب الأول : في قولهم : اختلاف العلماء رحمة

الفرع الأول : تحقيق الأثر سنداً ومتناً

نقل عن بعض أهل العلم قولهم: إنّ اختلاف العلماء رحمة واسعة ، كما إن إجماعهم حجة قاطعة . وروي في هذا المعنى حديث اشتهر على الألسنة لا يعرف له سند، وإن كان صحيح المعنى، وهو : "اختلاف أمتي رحمة"[1] .

ويؤيد معنى هذا الحديث ما ذكره النووي[2] وحسنه عن أبي ثعلبة الخشني[3] ـ رضي الله عنه عن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : "إن الله تعالى فرض فرائض فلا تُضيّعوها، وحدّ

([1]) قال السبكي : "وليس بمعروف عند المحدثين ، ولم أقف له على سند صحيح ولا ضعيف ولا موضوع" ، وقال السيوطي : "ولعله خرج في بعض كتب الحفاظ التي لم تصل إلينا" . وروى البيهقي في المداخل بسند منقطع عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ بلفظ "اختلاف أصحابي لكم رحمة" . ومن هذا الوجه أخرجه الطبراني والديلمي بلفظه وفيه ضعف ، وعزاه الزركشي وابن حجر في اللآلئ لنصر المقدسي في الحجة مرفوعا من غير بيان لسنده ولا لصاحبه، وعزاه العراقي لآدم بن أبي إياس في كتاب العلم والحكم بغير بيان لسنده أيضا بلفظ "اختلاف أصحابي رحمة لأمتي" ، وهو مرسل ضعيف . انظر : (فيض القدير شرح الجامع الصغير للعلامة عبد الرؤوف المناوي : (212/1) ، دار المعرفة ، بيروت ، بدون تاريخ ؛ وكشف الخفا ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس ، للشيخ إسماعيل بن محمد العجلوني: (66/1)، نشر مكتبة التراث الإسلامي، حلب، ودار التراث، القاهرة، بدون تاريخ .

([2]) هو الإمام يحي بن شرف النووي الدمشقي الشافعي ، أبو زكريا . وينسب إلى نوى من أرض حوران ، من أعمال دمشق ، التي ولد بها سنة 631هـ ، وتوفي بها سنة 676هـ ، برع في علوم كثيرة؛ كالفقه والحديث والعربية، وله تصانيف مشهورة ، منها : شرح صحيح مسلم والمجموع شرح المهذب في الفقه الشافعي، وكتب أخرى نافعة . انظر: (طبقات الشافعية للسبكي : (395/8)، والأعلام: (185/9)) .

([3]) قال ابن الأثير: اختلف في اسمه واسم أبيه اختلافاً كبيرا ، قال ابن الكلبي: هو لاشر بن جرهم، وقيل غير ذلك، ولم يختلف في صحبته ولا نسبته إلى خشين ، واسمه: وائل بن النَّمِر بن ويرة بن ثعلب بن حُلوان من بني قُضاعة غلبت عليه كنيته ، وكان ممن بايع تحت الشجرة بيعة الرضوان ، ثم نزل الشام ومات أيام معاوية ، وقيل توفي سنة: 75هـ، أيام عبد الملك بن مروان . انظر : أسد الغابة في معرفة الصحابة: (44/6).

حُدوداً فلا تعتدوها، وحرّم أشاء فلا تنتهكوها ، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان؛ فلا تبحثوا عنها[1] . فالحديث يشير إلى أن عدم النص على حكم معين، والسكوت عنه هو رحمة وتيسير.

ويشهد لمعناه ما رواه أبو الدرداء[2] . رضي الله عنه . عن النبي . صلى الله عليه وسلم . قال : "ما أحلّ الله في كتابه فهو حلال ، وما حرّم فهو حرام ، ما سكت عنه فهو عفو ، فاقبلوا من الله عافيته ، فإن الله لم يكن لينسى شيئاً ثم تلا : {وما كان ربك نسياً }[3] "[4] .

والعفو هنا في معنى الرحمة المذكورة في الحديث السابق ، وكلّها تدل على قصد التوسعة والتيسير على هذه الأمة، وذلك يكون بأمرين : الأول : ترك النص على بعض الأحكام، أو السكوت عنها بتعبير الحديث الشريف ، وترك ذلك للعقول المسلمة لتجتهد في فهمه، في ضوء المنصوص على حكمه . والثاني : صياغة ما نص عليه من الأحكام . غالبا . صياغة مرنة ، تتسع لتعدد الأفهام ، وتنوع الآراء، ولهذا اجتهد الصحابة واختلفوا في مسائل فرعية كثيرة ، ولم يضيقوا ذرعاً بذلك[5] .

قال القاسم بن محمد[6] . رحمه الله . : "لقد نفع الله باختلاف أصحاب النبي . صلى الله عليه وسلم . في أعمالهم ، لا يعمل العامل بعمل رجل منهم إلا رأى أنه في سعة ، ورأى

([1]) الأربعون النووية ، ص : 59 ، نشر قصي محب الدين الخطيب بالمطبعة السلفية ، ورواه الدارقطني عن أبي ثعلبة بغير هذا اللفظ . انظر سنن الدارقطني ، آخر كتاب الرضاع : (184/4) ، عالم الكتب ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، 1406هـ . 1986م .

([2]) هو عويمر بن مالك بن زيد بن قيس الأنصاري الخزرجي ، وهو مشهور بكنيته ، من أفاضل الصحابة وفقهائهم وحكمائهم ، تأخر إسلامه ، فلم يشهد بدرا ، وشهد أحداً وما بعدها من المشاهد، آخى رسول الله . صلى الله عليه وسلم . بينه وبين سلمان الفارسي . رضي الله عنه . . ولي أبو الدرداء قضاء دمشق في خلافة عثمان ، وتوفي قبل مقتل عثمان بسنتين . انظر: أسد الغابة في معرفة الصحابة: (97/6) ، (318/4) .

([3]) سورة مريم : الآية 64 .

([4]) رواه البزار والطبراني في الكبير، وإسناده حسن ورجاله موثقون.

راجع : مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، لنور الدين علي بن أحمد الهيثمي: باب اتباع الكتاب والسنة ومعرفة الحلال والحرام: (171/1)، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، 1402هـ . 1982م .

([5]) انظر: الصحوة الإسلامية بين الاختلاف المشروع والتفرق المذموم ، د. يوسف القرضاوي ، ص : 47 . 49.

([6]) هو القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق . رضي الله عنه . ، أبو محمد ، من سادات التابعين ، وأحد الفقهاء السبعة إذّاك بالمدينة، توفي سنة 201 أو 202 بقُديد ، وهي منزل بين مكة والمدينة . انظر : وفيات الأعيان: (59/4).

أنه خير منه [وهم الصحابة] قد عمله"[1] .

وقال عمر بن عبد العزيز[2] . رحمه الله . "ما أحب أن أصحاب رسول الله . صلى الله عليه وسلم . لم يختلفوا ؛ لأنه لو كانوا قولا واحدا، كان الناس في ضيق ، وإنهم أئمة يقتدى بهم ، فلو أخذ رجل بقول أحدهم كان في سعة "[3] وقال في موضع آخر : "ما يسرني أنّ لي باختلافهم حُمْرَ النَّعَمِ"[4] .

وقد تفطن لهذا المعنى أحد المتأخرين فسمىّ كتابه : "رحمة الأمة باختلاف الأئمة"[5] .

الفرع الثاني : تحقيق مسألة الخطأ والإصابة في الاجتهاد:

وإذا تقرّر هذا ، فما معنى التّوسعة والرّحمة المذكورة هنا ؟ هل الرحمة تعني أنّ كل مجتهد مصيب في اجتهاده ؟ أم أن المصيب واحد ؟ وهل مجرد نقل الخلاف في مسألة ما هو حجة للقول بإباحتها ؟

اختلف أهل العلم في ذلك إلى مذهبين:

أولا: مذهب المصوبة:

ذهب بعض أهل العلم[6] إلى أن كل مجتهد في المسائل الظنية الفقهية مصيب ، وأنه ليس في ذلك حُكم مُعيّن يُطلب بالظنّ، بل الحكم تابع لظن المجتهد؛ فحكم الله في حق كل مجتهد ما غلب على ظنه، وأدّى إليه اجتهاده . وذهب قوم من المصوبة إلى أن فيه حكماً معيناً يتوجه إليه

([1]) جامع بيان العلم وفضله، لابن عبد البر ، باب: ما يلزم الناظر في اختلاف العلماء : (80/2)، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ .

([2]) هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم القرشي الأموي ، أبو حفص ، أمير المؤمنين ، الخليفة الصالح ، والملك العادل ، وأمه أم عاصم بنت عاصم بن عمر بن الخطاب . رضي الله عنه . ، كان صاحب علم وفقه وورع، ولد بالمدينة ونشأ بها ، وولي إمارتها للوليد ، ثم استوزره سليمان بن عبد الملك بالشام . وولي الخلافة بعهد من سليمان سنة 99هـ، وقيل إنه ولد سنة 63، وتوفي في رجب سنة 101هـ . انظر: (تهذيب التهذيب لابن حجر: (475/7) ، والأعلام للزركلي : 209/5)) .

([3]) جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر ، باب: ما يلزم الناظر في اختلاف العلماء : (80/2).

([4]) المصدر نفسه: (80/2) .

([5]) وهو أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي الشافعي ، من علماء القرن الثامن .

([6]) كالقاضي أبي بكر وأبي الهذيل والجُبّائي وابنه وهو اختيار الغزالي .

الطلب ، إذ لا بد للطلب من مطلوب، لكن لم يكلّف المكلّف إصابته؛ ولذلك كان مصيباً، وإن أخطأ ذلك الحكم.

أدلـة المُصوّبـة :

أ . أدلتهم من الكتاب:

قوله تعالى في حق داود وسليمان . عليهما السلام . : {وكلا آتينا حكما وعلما} [1]؛ فلو كان أحدُهما مخطئا ، لما كان ما صار إليه حكما لله ولا علما.

ب . أما من السنـة:

1 . فقوله . صلى الله عليه وسلم .: "أصحابي كالنجوم بأيتهم اقتديتم اهتديتم"[2]. ووجه الاستدلال به أنه . عليه الصلاة والسلام . جعل الاقتداء بكل واحد من الصحابة هدى، مع اختلافهم في الأحكام نفيا وإثباتاً، فلو كان فيهم مخطئ لما كان الاقتداء به هدى، بل ضلالة.

2 . قال النبي . صلى الله عليه وسلم . "لا يصلّينّ أحدُكم العصرَ إلا في بني قريظة"[3]، فصلى بعض الأصحاب العصر في الطريق ظنا منهم أن النبي . صلى الله عليه وسلم . إنما أراد الإسراع، وصلاها البعض في بني قريظة وقت المغرب ، وحين بلغ النبي . صلى الله عليه وسلم . ذلك لم يُعنِّف إحدى الطائفتين ، فدل على أن كلا منهما مصيب في اجتهاده .

جـ . وأما أدلتهم من الإجماع:

فإن الصحابة . رضي الله عنهم . اتفقوا على تسويغ خلاف بعضهم لبعض ، من غير نكير منهم على ذلك ، بل إن الخلفاء منهم كانوا يُوَلُّون القضاة والحكام، مع علمهم بمخالفتهم لهم في الأحكام ، ولم ينكر عليهم أحد؛ فدل على أنهم مصيبون في اجتهادهم ، وإلا لما ساغ لهم . رضي الله عنهم . مع صلاحهم . ترك الإنكار على ذلك .

([1]) سورة الأنبياء ، الآية : 79 .

([2]) ذكر ابن حجر في التلخيص هذا الحديث من طرق كثيرة وحكم عليه بأنه في غاية الضعف . وقال أبو بكر البزار : هذا الكلام لم يصح عن النبي . صلى الله عليه وسلم . وقال ابن حزم : هذا خبر مكذوب موضوع باطل . وذكره الشيخ ناصر الدين الألباني . رحمه الله . في الموضوعات . انظر: (تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: (190/4) ، الطبعة العربية ، لاهور . باكستان، بدون تاريخ ، وسلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، لناصر الدين الألباني : (78/1) ، المكتب الإسلامي ، بيروت . الطبعة الخامسة ، 1405هـ . 1985م) .

([3]) سبق تخريجه في التمهيد من أدلة الاختلاف السائغ وهو في صحيح البخاري .

د . وأما من المعقول : فقد استدل أصحاب هذا الرأي بوجوه كثيرة منها ما يلي:

الوجه الأول : إن حصر الحق في جهة واحدة يفضي إلى الضيق والحرج ، وهو منفي بقوله تعالى : {وما جعل عليكم في الدين من حرج} [1] .

والوجه الثاني : لو كان الحق في جهة واحدة ، لوجب نقض كل حكم خالفه ، وحيث لم ينقض، دل على التساوي.

مناقشة الأدلة:

أ . أجيب عن الآية بأن غايتها الدلالة على أن كل واحد منهما أوتي حكما وعلما ، وهو نكرة في سياق الإثبات ، فيخص ، وليس فيه ما يدل على أنه أوتي حكما فيما حكم به، بدليل أن الله تعالى صرّح . في كتابه المجيد . بأن الحق هو ما قاله سليمان . عليه السلام .، ولو كان الحق بيد كل واحد منهما ، لما كان لتخصيص سليمان بالفهم معنى ، حيث قال تعالى : { ففهمناها سليمان} [2] .

ب . وأجيب عن الخبر الأول بأنه وإن كان عاماً في الأصحاب والمقتدين بهم ، غير أن ما فيه من الاقتداء غير عام، ولا يلزم من العموم في الأشخاص، العموم في الأحوال. وعلى هذا ، فقد أمكن حمله على الاقتداء في الرواية ، دون الاقتداء في الرأي والاجتهاد، وبالتالي فلا ينبغي إطلاقه بأن ترك التثريب لمن عمل باجتهاده لا يدل على أنه قد أصاب الحق، بل يدل على أنه قد أجزأه ما عمله باجتهاده، وصح صدوره عنه لكونه بذل وسعه في تحري الحق . وفرق الشوكاني بين الإصابة والصواب قائلاً ؛ بأن إصابة الحق هي الموافقة ، بخلاف الصواب فهو الإجزاء لمن فعل ما كلّف به ، وإن لم يصب الحق[3] .

جـ . وأجيب عن الإجماع ، بأنه "إنما لم ينكر بعض الصحابة على بعضٍ المُخالفة، لأنّ المخطئ غيرُ معين ، ومع ذلك ، فهو مأمور باتباع ما أوجبه ظنه ، ومُثابٌ عليه . والذي يجب إنكاره من الخطأ ما كان مخطئه معيّناً ، وهو منهي عنه، وما نحن فيه ليس كذلك"[4] .

([1]) سورة الحج : الآية 78 .

([2]) سورة الأنبياء : الآية 79 .

([3]) راجع : إرشاد الفحول : (862/3) .

([4]) الإحكام في أصول الأحكام ، لسيف الدين الآمدي : (169/4) .

د . أجيب عن الشبهة الأولى من المعقول ، بأن الحرج إنما يلزم من تعيين الحق لو وجب على المسلمين اتباعه قطعاً . أما إذا كان ذلك مفوّضا إلى ظنونهم واجتهاداتهم ، فلا. وأجيب عن الثانية ، بأنه إنما امتنع نقض ما خالف الصواب لعدم تعين الصواب من الخطأ[1] .

ثانيا : مذهب المُخطِّئة :

ذهب فريق آخر[2] إلى أن المصيب في المسائل الظنية الفقهية واحد ، ومن عداه مخطئ، واتفق أصحاب هذا الرأي على أنّ لله في ذلك حكماً معيناً ، لكن اختلفوا،هل عليه دليل أم لا ؟

فقال قوم: لا دليل عليه ، وإنما هو مثل دفين يعثر الطالب عليه بالاتفاق ، فمن ظفر به فهو مصيب، وله أجران ؛ أجر الإصابة ، وأجر الطلب ، ومن حاد عنه ، فهو مخطئ ، وله أجر واحد، لأجل سعيه وطلبه .

والذين ذهبوا إلى أن عليه دليلاً ، اختلفوا في أن عليه دليلاً قاطعاً ، أو ظنياً .

فقال قوم: هو قاطع، واختلف هؤلاء : فمنهم من قال بأنّ الإثم محطوط عن المخطئ ؛ لغموض الدليل وخفائه، ومنهم من قال بتأثيم المجتهد بتقدير عدم الظفر به ، ونقض حكمه كبشر المريسي[3] .

وقال قوم : إنه ظني ، لكن اختلفوا هل أُمِرَ المجتهدُ قطعاً بإصابة ذلك الدليل؟ فذهب قوم إلى أن المجتهد لم يُكلَّف إصابته ؛ لخفائه وغموضه؛ ولذا، فهو معذور مأجور. وقال قوم: بل أُمِرَ بطلبه، وإذا أخطأ، لم يكن مأجوراً، لكن حُطَّ الإثمُ عنه تخفيفاً.

([1]) راجع المرجع نفسه : (169/4) .

([2]) عزالدين الزركشي هذا المذهب إلى مالك والشافعي وأبي حنيفة وأكثر الفقهاء ، وهو اختيار الآمدي . انظر : (البحر المحيط : (241/6) . والإحكام لآمدي : (159/4) ، وإرشاد الفحول : (862/3)) .

([3]) هو بشر بن غياث بن أبي كريمة عبد الرحمن المريسي ، أبو عبد الرحمن : فقيه معتزلي ومتكلم ، رمي بالزندقة ، وهو رأس الطائفة المريسية القائلة بالإرجاء ، وإليه نسبتها نسبته ، إلى المريس وهي قرية بمصر . كان جده مولى زيد بن الخطاب ، وقيل : كان أبوه يهوديا . سكن بغداد ، وتوفي بمصر سنة 218هـ . انظر : (الأعلام : (27/2)، والنجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة لجمال الدين أبي المحاسن يوسف بن تغري بردي الأتابكي ، : (228/2) ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1349هـ . 1930م) .

أدلـة هذا المذهب:

أ . أدلتهم من الكتـاب:

استدل هؤلاء بأدلة كثيرة من القرآن أهمها:

قولـه تعـالى : { وداود وسليمان إذ يحكمـان فـي الحـرث إذ نفشت فيـه غنم القوم ، وكنـا لحكمهم شاهدين ، ففهّمناها سليمان} [1] .

ووجـه الاستدلال بـه : أنـه . سبحانه وتعالى . خصّص سليمان بفهم الحق في الواقعة ، وذلك يدل على عدم فهم داود له ، وإلا لما كان للتخصيص أي فائدة، وهو دليل اتحاد حكم الله في الواقعة ، وأنّ المصيب واحد .

ب . أدلتهم من السنـة:

1 . قوله . صلى الله عليه وسلم . : "إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر"[2] .

وذلك صريح في انقسام الاجتهاد إلى خطأ وصواب .

2 . قوله . صلى الله عليه وسلم . : "القضاة ثلاثة ؛ قاضيان في النار، وقاض في الجنة : قاضٍ قضى بغير حق وهو يعلم ؛ فذاك في النار، وقاض قضى وهو لا يعلم ؛ فأهلك حقوق الناس، فذلك في النار، وقاض قضى بالحق ؛ فهو في الجنة"[3] .

ووجه الاحتجاج به : أن الحق واحد ، وإلا لم يكن لهذا التقسيم معنى[4].

([1]) سورة الأنبياء : الآية : 79 .

([2]) سبق تخريجه في التمهيد ، من أدلة الاختلاف السائغ وهو في صحيح البخاري .

([3]) رواه الطبراني عن ابن بريدة عن أبيه : المعجم الكبير : أحاديث بريدة، حديث رقم : 1154 : (20/2)، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، بدون تاريخ، رواه عن ابن عمر في موضع آخر. ورواه أبو يعلى عن ابن عمر رضي الله عنه . بلفظ مغاير ، انظر : مسند أبي يعلى : مسند ابن عمر، حديث رقم : (5727) : (93/10)، دار المأمون للتراث، دمشق . بيروت، الطبعة الأولى 1407هـ . 1987م. قال المناوي في الفيض: صححه بعضهم وأفرد ابن حجر فيه جزءاً وقال الهيثمي رجاله ثقات : (538/4) .

([4]) انظر: شرح السنة للإمام الحسن بن مسعود البغوي : (118/10)، تحقيق زهير الشاويش، وشعيب الأرناؤوط، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثانية ، 1403هـ . 1983م .

جـ . أدلتهم من الإجماع :

أجمع الصحابة على إطلاق لفظ الخطأ في الاجتهاد. فمن ذلك ما روي عن أبي بكر[1] . رضي الله عنه . أنه قال : "رأيتُ في الكلالة رأياً فإن يكُ صوابا فمن عند الله، وإن يك خطأ فمن قِبَلِي والشيطان : الكلالة ما عدا الولد والوالد ، والله ورسوله منه بريئان"[2]، وروي عن كاتب عمر[3] . رضي الله عنه . أنه كتب : "هذا ما أرى الله أمير المؤمنين عمر؛ فانتهره عمر . رضي الله عنه . وقال: بل اكتب هذا ما رأى عمر، فإن كان صوابا ، فمن الله ، وإن كان خطأ ، فمن عمر"[4] .

د . أدلتهم من المعقول : استدل هؤلاء بوجوه كثيرة من المعقول منه :

الوجه الأول : إن القول بتصويب المجتهدين يفضي . عند اختلاف المجتهدين بالنفي والإثبات، أو الحل والحرمة ، في مسألة واحدة ، . إلى الجمع بين النقيضين ، وهو محال، أما أفضى إلى المحال ، فهو محال .

الوجه الثاني : الأمة مُجمعة على تجويز المناظرة بين المجتهدين ، ولو كان كل واحد مصيبا فيما ذهب إليه ، لم يكن للمناظرة معنى ولا فائدة[5] .

مناقشة الأدلة :

أ . أجيب عن الآية بالتسليم بأن حكم داود وسليمان كان مختلفا ، لكن يحتمل أنهما حكما بالاجتهاد مع الإذن فيه ، وكانا محقَّين في الحكم ، إلا أنه نزل الوحي على وفق ما حكم به سليمان ، فصار حكمه حقاً متعينا بنزول الوحي به ، ونسب التفهيم إليه بسبب ذلك ، وإن سلّمنا أنّ داود كان مخطئاً في تلك الواقعة ، بيد أنه يحتمل أنه كان فيها نص ؛ اطلع عليه سليمان دون داود ، ونحن نسلم الخطأ في هذا ، وإنما النزاع فيما إذا حكما بالاجتهاد ، وليس في الواقعة نص.

([1]) سبق ترجمته .

([2]) مصنف ابن أبي شيبة : (11/415 . 416) .

([3]) سبق ترجمته .

([4]) السنن الكبرى للبيهقي : (10116) .

([5]) انظر: (الإحكام للآمدي : (4/ 418) ، وإرشاد الفحول للشوكاني : (3/860 . 863) .

ب ـ وأجيب عن الدليل الأول من السنة، بأنا نقول بموجب الخبر ، أنّ الحاكم قد يخطئ في اجتهاده ، غير أنّنا نحمل الخطأ على ما إذا كان في المسألة نص؛ أو إجماع، أو قياس جلي، وخفي عليه بعد البحث عنه ؛ وذلك غير متحقق في محل النزاع ، أو على ما إذا أخطأ في مطلوبه من رد المال إلى مستحقه؛ بسبب ظنه صدق الشهود وهم كاذبون ، أو مغالطة الخصم ونحو ذلك ؛ فإنه وإن أخطأ فيما طلبه ، فإنه مصيب لحكم الله؛ الذي هو اتباع ما غلب على ظنه من صدق الشهود ونحو ذلك .

وقد يجاب عن الثاني، بأن الجور في الحكم، أو القضاء بين الناس على جهل خارج عن محل النزاع .

جـ ـ وأجيب عن ادعاء الإجماع، بأنا لا ننكر وقوع الخطأ في الاجتهاد ، لكن فيما إذا لم يكن المجتهد أهلاً للاجتهاد ، أو كان أهلاً له ، لكنه قصر في اجتهاده ، أو وقع اجتهاده مخالفاً لقواطع الأدلة ، أو أخطأ في مطلوبه دون ما وجب عليه من حكم الله؛ كما في استقبال القبلة؛ فإنه يجب على المجتهدُ اتباع ما غلب على ظنه، وإن أخطأ اتجاهها . أمّا ما تم فيه الاجتهاد من أهله ، ولم يوجد له مُعارض مبطل ، فليس فيما ذُكر من قضايا الصحابة ما يدل على الخطأ في الاجتهاد ، إلا أن يُحمل على أن الصحابة اعتقدوا أن الخطأ ممكن ، وذهبوا مذهب من قال المصيب واحد ، أو خافوا على أنفسهم من مخالفة الدليل القاطع ، أو من عدم استفراغ تمام الوسع في الاجتهاد ، أو أظهروا ذلك تواضعاً، وخوفا من الله تعالى .

د ـ أجيب عن الوجه الأول من المعقول؛ بأن التناقض إنما يلزم فيما لو اجتمع النفي والإثبات، في حق شخص واحد، في حالة واحدة، لفعل واحد، من جهة واحدة، أما بالنظر إلى شخصين فلا، وذلك كما تحل الميتة للمضطر دون المختار، أو تحل المنكوحة للزوج دون الأجنبي، أو تجب الصلاة على الطاهر دون الحائض.

وأجيب عن الوجه الثاني؛ بأن فائدة المناظرة غير منحصرة في بيان المصيب من المخطئ ، بل لها فوائد أُخر تجب المناظرة لها، أو تستحب، نذكر منها صورتين:

"فالأولى: كالمناظرة لتعرف انتفاء الدليل القاطع؛ الذي لا يجوز معه الاجتهاد، أو لطلب تعرف الترجيح عند تساوي الدليلين في نظر المجتهد، حتى يجزم بالنفي أو الإثبات، أو يحل له الوقف أو التخيير؛ لكونه مشروطاً بعدم الترجيح.

والثانية: كالمناظرة التي يطلب بها تذليل طرق الاجتهاد، والقوة على استثمار الأحكام من الأدلة، واستنباطها منها، وشحذ الخاطر، وتنبيه المستمعين على مدارك الأحكام ومآخذها، لتحريك دواعيهم على طلب رتبة الاجتهاد، لنيل الثواب الجزيل، وحفظ قواعد الشريعة"[1].

الرأي الراجح :

يبدو أن الرأي الراجح هو أن لله في مسائل الاجتهاد حكماً معينا أصابه من أصابه، وأخطأه من أخطأه، وأن عليه دليلاً ظنيا، كُلّف المجتهد بإصابته، فإن أصابه كان له أجران؛ أجر الإصابة وأجر الطلب، وإن أخطأه لخفاء الدليل، أو لتردده بين طرفين واضحين، وبذل الوسع في ذلك ، ثبت له أجر سعيه.

ووجه الترجيح أن أدلة المخطئة أقوى من أدلة المصوبة، ومناقشتهم لأدلة غيرهم هي في موضعها.

وأما أدلة المصوبة ففيها بعض الضعف، كاعتمادهم على حديث: "أصحابي كالنجوم"[2] ، أو هي مخالفة للواقع؛ كادعاء الإجماع على عدم إنكار الصحابة على بعضهم في الأحكام والفتاوى . على كثرة ذلك كما صرح به الشوكاني . رحمه الله .[3] ، والذي ثبت عنهم من عدم إنكارهم في الأقضية التي هي في محل الاجتهاد ، ليس ذلك لتصويبهم إياهم ، وإنما حتى لا يفضي ذلك إلى تقويض بنيان الأحكام[4] .

كما أن في مناقشة المصوبة لأدلة مخالفيهم تكلف واضح، وذلك كالرد على الدليل الأول من الكتاب بأن سليمان ربما خُص بالفهم بالوحي ، والذي تقرر من قواعد الشريعة أن الاحتمال لا يقوى به الاستدلال، وخصوصا في مواجهة صريح المنصوص عليه من الأدلة . وكذلك فيما تعلق بالرد على الدليل الأول من السنة؛ بأنه يحمل خطأ الحاكم على ما إذا خالف قواطع الأدلة، أو خفيت عليه الأدلة ... وهل يكون الخطأ إلا بسبب ذلك ؟! أيضا فإن ردّهم على دليل المخالفين

([1]) الإحكام في أصول الأحكام ، للآمدي : (175/4 . 166)، انظر: المستصفى للغزالي فإن فيه وجوها أخرى مما يستحب لها المناظرة : (371 . 372) ، دار الفكر ، بيروت ، بدون تاريخ .

([2]) سبق تخريجه آنفاً .

([3]) انظر: إرشاد الفحول : (862/3) .

([4]) انظر: (السنن الكبرى للبيهقي : (120/10)، والإحكام للآمدي : (167/4) .

بالإجماع بأن الصحابة . رضوان الله عليهم أجمعين . اعتقدوا حدوث الخطأ في الاجتهاد، وذهبوا مذهب المصوّبة، وهو استدلال بمحل النزاع.

وبناء عليه ، ليس في قول العالم : هذه مسألة خلافية دليل على من اتبعها ، بل يجب طلب الدليل إذا اتحد، وراجحه إذا تعدّد، فمتى وجد، وترجح جانبه ، وجب اتباعه .

وبمعنى آخر، ليس مجرد نقل الخلاف في مسألة ما، هو دليل للقول بإباحتها ، بل ينبغي للمجتهد أن يتحرى معرفة راجع الأقوال من مرجوحها ، فإن تبين له القول الراجح، وجب العمل به، وإن تساوا طرفا الأدلة في نظره، وجب طلب مُرجّح، ولو بأدنى وجوه الترجيح[1].

المطلب الثاني : هل النهي يقتضي الفساد؟

الفرع الأول : تعريف النهي، وبيان صيغه، ووجوه استعمالها، ودلالته.

تعريف النهي :

النهي لغة : "طلب الامتناع عن الشيء"[2]، ومنه سمي العقل نُهية ؛ لأنه ينهى عن قبيح الفعل[3].

واصطلاحاً : "القول الإنشائي الدال على طلب الكفّ، على جهة الاستعلاء"، فخرج الأمر؛ لأنه طلب فعل غير كفّ، وخرج الالتماس والدعاء، لأنه لا استعلاء فيهما"[4].

([1]) وذلك إذا تعذر الجمع، والترجيح يكون بكثرة الأدلة عند المالكية والشافعية، ويكون بأمر خارجي؛ كعمل بعض الأئمة به، أو موافقته لأقضية الصحابة، أو عضّده نص آخر من كتاب، أو سنة، أو وافق قياساً... إلخ .

وقال بعض المتكلمين بالتخيير، وهو مبني على القول بتعدد الحق، وقال البعض بالوقف، وقال بعض الفقهاء . ومنهم فقهاء الحنفية . بالتساقط، ويرجع إلى البداءة الأصلية، والتعارض إنما يتصوّر في الظنيات، دون القطعيات. راجع : (فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت على المستصفى: (189/2)، وشرح تنقيح الفصول للقرافي، ص: 326 . 329، وميزان الأصول في نتائج العقول، لعلاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي، ص: 695، تحقيق: د. محمد زكي عبد البر، نشر إحياء التراث الإسلامي، قطر، الطبعة الأولى، 1404هـ .1984م، والإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين بن السبكي: (209/3) ، والتعارض والترجيح ، عبد اللطيف البرزنجي: (231/2 . 239) .

([2]) المعجم الوسيط : (960/2) .

([3]) انظر: معجم مقاييس اللغة ، لأحمد بن فارس : (359/5) .

([4]) إرشاد الفحول : (367/2) .

صيغ النهي :

للنهي صيغ كثيرة أشهرها ما يلي :

1 . الفعل المضارع المقرون بلا الناهية ؛ كقوله تعالى : {ولا تقربوا الزنا} [1] .

2 . صيغة الأمر الدالة على الكف ، كقوله تعالى : {فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور} [2] .

3 . التعبير بلفظ يدل بمادته على النهي؛ كقوله تعالى : {وينهى عن الفحشاء والمنكر}[3].

4 . الجمل الخبرية المستعملة في النهي من طريق التحريم ، أو نفي الحل ، كقوله تعالى : {حرمت عليكم أمهاتكم} [4] وكقوله تعالى : {لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها} [5][6] .

وجوه استعمال صيغة النهي :

ورد استعمال صيغة النهي على وجوه ، أو معاني عدة ، منها :

1 . التحريم : كقوله تعالى : {ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق} [7] .

2 . الكراهة: كقوله . صلى الله عليه وسلم . حينما سئل عن الصلاة في مبارك الإبل، فقال: "لا تصل"[8] .

3 . الدعاء : كقوله جل شأنه : {ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا } [9] .

4 . التحقير : كقوله سبحانه : {ولا تمدن عينيك إلى ما متعنا به أزواجا منهم زهرة الحياة الدنيا} [10].

([1]) سورة الإسراء : الآية 32 .

([2]) سورة الحج : الآية 30 .

([3]) سورة النحل : الآية 90 .

([4]) سورة النساء : الآية 23 .

([5]) سورة النساء : الآية 19 .

([6]) انظر: أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء ، د. مصطفى الخن ، ص : 330 . 332 .

([7]) سورة الأنعام : الآية 151 .

([8]) مسند الإمام أحمد مع كنز العمال : (93/5) ، المكتب الإسلامي ، دار الفكر، بيروت ، بدون تاريخ .

([9]) سورة آل عمران : الآية 8 .

([10]) سورة طه : الآية 131 .

5 . الإرشاد : كقوله عز وجل : {لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم[1]} [2] .

دلالة النهي:

اتفق العلماء على أن استعمال صيغة النهي فيما عدا التحريم والكراهة، هو من قبيل المجاز ، فلا يصح أن تنصرف إليه ، إلا بقرينة .

واتفقوا كذلك على أن استعمالها في طلب الترك واقتضائه ، هو من قبيل الحقيقة التي لا تحتاج في دلالتها على مدلولها إلى قرينة .

لكن اختلفوا ، هل هي حقيقة في التحريم ، أو الكراهية ، أو فيهما ، على أقوال هي :

القول الأول: وهو قول الجمهور، الذين ذهبوا إلى أن النهي المطلق . المجرد عن القرائن . يدل على تحريم المنهي عنه على وجه الحقيقة ، ولا يدل على غير التحريم إلا بقرينة. فقوله تعالى : {لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل } [3] ، دل على تحريم الاعتداء على أموال الآخرين، ولا يصرف النهي عن التحريم إلى غيره ، إلا بورود قرينة دالة على ذلك . ولو تتبعنا وجوه الاستعمال التي ذكرناها آنفا ، لرأينا أن النهي إنما دل على غير التحريم ، لوجود قرينة .

فالنهي في قوله تعالى : {لا تسألوا عن أشياء} محمول على الإرشاد ، وذلك لوجود القرينة التي صرفت النهي عن التحريم إلى الإرشاد ، وهي قوله تعالى : {وإن تسألوا عنها حين يُنزل القرآن تُبْدَ لكم} [4] .

القول الثاني: وذهب بعض الأصوليين إلى أن النهي المجرد عن القرائن ، يدل على الكراهة على وجه الحقيقة ، ولا يدل على التحريم ، إلا بقرينة .

القول الثالث: وذهب فريق آخر إلى أنه حقيقة في التحريم والكراهة، على سبيل الاشتراك اللفظي، ولا يدل على واحد منهما، إلا بقرينة.

القول الرابع: وذهب البعض إلى التوقف.

([1]) سورة المائدة : الآية 101 .

([2]) انظر : الإحكام للآمدي : (406/2) .

([3]) سورة النساء : الآية 29 .

([4]) سورة المائدة : الآية 101 .

وبناء عليه ، يبدو أن الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور ، من دلالة النهي المطلق على التحريم ، وذلك لأنه وضع لغةً للدلالة . حقيقةً . على طلب الترك ، على وجه الحتم واللزوم، والشريعة التي أنزلت بلسان العرب ، أحاطت عدم الانتهاء عما يُنهى عنه ، بإطار من الإلزام الشرعي ، ووصفت ذلك في عرفها بالتحريم[1].

الفرع الثاني : تقرير مسألة اقتضاء النهي للفساد أو عدمه .

بيان مذاهب العلماء في هذه المسألة ، يقتضي أن نعرض للنهي في حالتين:

الأولى: حالة الإطلاق: وهي حالة ما إذا ورد النهي مجرداً من أي قرينة.

الثانية: هي حالة وروده محتفاً بقرينة، تُشعر أن النهي عن العمل، كان لذات المنهي عنه، أولوصفه، أو لأمر خارج عنه[2] .

أولا : حالة ورود النهي مطلقاً:

إذا ورد النهي مطلقا ، دونما قرينة ، فالعلماء في ذلك ، على ثلاثة مذاهب :

أ . ذهب جماهير الفقهاء من أصحاب مالك وأحمد ، وبعض الشافعية ، وأهل الظاهر ، إلى أن النهي في هذا الحال ، يدل على فساد المنهي عنه وبطلانه شرعاً[3] ، سواء أكان ذلك في

([1]) انظر: (المحصول في علم الأصول للرازي : (469/1) ، تحقيق : د. طه جابر العلواني ، من منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، رقم (13) ، الطبعة الأولى، 1399هـ . 1979م، وكشف الأسرار ، لعبد العزيز البخاري: (525/1)، وتفسير النصوص في الفقه الإسلامي ، د. محمد أديب صالح : (379/2 . 381) ، المكتب الإسلامي ، بيروت . دمشق ، الطبعة الثالثة ، 1404هـ . 1984م، وأثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، ص: 323 . 334) .

([2]) انظر : تفسير النصوص، لمحمد أديب صالح : (389/2) .

([3]) الفساد عند الجمهور مرادف للبطلان ، وهو عند الحنفية ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه ، وذلك كالربا الذي هو بيع مشروع بأصله، لكن رافقه وصف الربا ، الذي هو غير مشروع .

وقيل إن النهي يقتضي الفساد لغة ، وهو ضعيف ، فإنه لا معنى لكون التصرف فاسداً سوى انتفاء أحكامه وثمراته المقصودة منه ، والنهي هو طلب ترك الفعل ، وليس في لفظ النهي ما يدل على الفساد لغة قطعاً . انظر: (الإحكام للآمدي : (1 .407/2))، وإرشاد الفحول : (369/2)) .

العبادات أم في المعاملات ومعنى الفساد في العبادات هو وقوعها على نوع من الخلل يوجب بقاء الذمة مشغولة بها ، وفي المعاملات عدم ترتب آثارها عليها"[1] .

ب ـ وذهب الحنفية ، وبعض محقّقي الشافعية؛ كالقفال الشاشي[2] ، وإمام الحرمين[3]، والغزالي[4]، والباقلاني[5] من المالكية، إلى أن النهي في هذه الحال لا يقتضي فساد المنهي عنه[6].

جـ ـ وقال قوم : إن النهي يقتضي الفساد في العبادات ، دون المعاملات. ورفع لواء هذا المذهب أبو الحسين البصري[7]، وتبعه في ذلك الرازي[8] . رحمهم الله تعالى ..

وقد نقل الشوكاني عن الغزالي ، القول بالتفرقة بين العبادات والمعاملات، وأن النهي يقتضي فساد المنهي عنه في العبادات ، دون والمعاملات ، والصواب . كما يبدو من عبارة

([1]) انظر: شرح تنقيح الفصول ، ص : 138 .

([2]) هو محمد بن علي بن إسماعيل القفال الكبير الشاشي ، أبو بكر ، أحد أئمة المذهب الشافعي ، وعنه انتشر فقه الشافعية فيما وراء النهر ، برع في علوم كثيرة، منها علم الأصول والجدل، يحكي ابن عساكر عنه أنه كان مائلاً إلى الاعتزال ، ثم رجع إلى مذهب الأشعري، له تصانيف كثيرة منها: مصنف في أصول الفقه حسن ، وشرح الرسالة، توفي سنة 365هـ . انظر: (طبقات الشافعية لتاج الدين السبكي : (200/3) ، وشذرات الذهب لأبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي : (51/3) ، دار المسيرة ، بيروت ، الطبعة الثانية ، 1399هـ . 1979) .

([3]) هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ، أبو المعالي، أحد نوابغ القرن الخامس الهجري، الذين طبقت شهرتهم الآفاق، كان نظاراً أصوليا متكلما أديباً، وله مصنفات كثيرة نافعة منها غياث الأمم ، والبرهان في أصول الفقه؛ ولد سنة 419هـ ، وتوفي سنة 478هـ . انظر: طبقات الشافعية : (165/5) .

([4]) سبق ترجمته .

([5]) هو محمد بن الطيب بن جعفر بن القاسم ، أبو بكر ، المعروف بالباقلاني البصيري المالكي، كان حسن الفقه ، عظيم الجدل ، تكلم على مذهب أهل السنة وطريقة أبي الحسن الأشعري ، إمام زمانه ، له تصانيف رائعة كثيرة منها: التقريب والإرشاد ، والمقنع في أصول الفقه ، وشرح الإبانة ، وأمالي إجماع أهل المدينة ، توفي سنة 403هـ، انظر: الديباج المذهب ، ص : 267 .

([6]) انظر : التلويح على التوضيح ، لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني : (409/1) ، والمستصفى : (24/2)) .

([7]) سبق ترجمته .

([8]) هو محمد بن عمر بن الحسين بن الحسين بن علي ، أبو عبد الله ، التيمي البكري ، الطبرستاني الأصل ، الرازي المولد ، الملقب بفخر الدين ، والمعروف بابن الخطيب ، الفقيه الشافعي المتكلم ، له مصنفات كثيرة، منها: " المحصول"، و "المعالم" في أصول الفقه ، و"التفسير الكبير" ، و"نهاية العقول " في علم الكلام .. الخ ، ولد سنة 544هـ، وتوفى سنة 606هـ . انظر : وفيات الأعيان: (248/4) .

المستصفى والله أعلم . أنه يقول بعدم انعقاد العبادة ، أو المعاملة لفوات شرط صحتها، بدليل يدل عليه ، وعلى ارتباط الصحة به ، وهذا لا يُعرف بمجرد النهي ؛ فإنه لا يدل عليه ، وضعاً وشرعاً[1] .

د . وذكر الشريف التلمساني[2] . رحمه الله . "أن النهي عن الشيء إن كان لحق الله تعالى، فإنه يُفسد المنهيّ عنه، وإن كان لحق العبد، فلا يُفسد المنهي عنه"، ونسب ذلك إلى مذهب مالك[3] رحمه الله تعالى.

مسلك القائلين باقتضاء النهي للفساد مطلقاً :

أما وجه اقتضاء النهي للفساد في العبادات ؛ فلأنه أتي بالمنهي عنه ، والمنهي عنه مأمور بتركه ، فلم يؤت بالمأمور به ، ومن لم يأت بالمأمور به، بقي في عهدة التكليف .

وأما وجه ذلك في المعاملات ؛ فلأن النهي يعتمد وجوه المفسدة الخالصة أو الراجحة في المنهي عنه ، فلو ثبت الملك والإذن في التصرف لكان ذلك تقريراً لتلك المفسدة ، والمفسدة لا ينبغي إقرارها[4] .

كما استأنس بعضهم بقوله . صلى الله عليه وسلم . : "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد[5]"[6] .

([1]) انظر : المستصفى : (2/30 . 31) .

([2]) هو محمد بن أحمد بن علي الإدريسي الحسني، أبو عبد الله العلويني، نسبة إلى قرية من أعمال تلمسان . المدينة الجزائرية حالياً . تسمى العلوين: علامة أهل المغرب في زمانه، ممن جمعوا بين المعقول والمنقول من الأصحاب في مذهب مالك، من آثاره : "شرح جمل الخونجي، ولد سنة 710هـ، توفي سنة 771هـ . راجع: (نيل الابتهاج على هامش الديباج ، ص: 255، والأعلام: (6/224)).

([3]) مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، ص: 40، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ . 1983م .

([4]) انظر : شرح تنقيح الفصول ، ص : 138 .

([5]) صحيح مسلم بشرح النووي ، كتاب الأقضية ، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور : (12/160) .

([6]) انظر : الوصول إلى الأصول : (1/195 . 196) ، لأحمد بن علي البغدادي ، تحقيق : د. عبد الحميد أبو زنيد ، مكتبة المعارف ، الرياض ، 1403هـ . 1982م .

مسلك القائلين بعدم اقتضاء النهي للفساد:

أما وجه عدم اقتضاء النهي للفساد في العبادات ؛ فلأن مصالح العبادات حاصلة فيما نهي عنه ، وإن قارنتها مفسدة ، ومعتمد البراءة . كما يحكي القرافي عن أصحاب هذا المذهب . حصول المصلحة ، لا عدم مقارنة المفسدة ، وذلك كما لو أعطى شخص لآخر دينه ، وضربه، لم يقدح ذلك في براءة الذمة من الدين ، ولا في مصلحة الدراهم المأخوذة[1] .

ومُثّل له بعدم التنافي أو التناقض بين قول الشارع ، نهيتك عن الحج بالمال المغصوب، فإن فعلت خَلَت ذمتك من هذا التكليف ، ونهيتك عن ذبح شاة الغير بسكين الغير من غير إذنه ، لكن إن فعلت حلّت الذبيحة .

وأما وجه عدم اقتضائه للفساد في المعاملات ؛ فلأن الأسباب الشرعية ليس من شرط إفادتها لمسبَّباتها ، أن تكون مشروعة في نفسها ؛ فالسرقة محرمة ، وهي سبب القطع والغرم وسقوط العدالة ، وغير ذلك ، والطلاق في زمن الحيض حرام ، ويترتب عليه أثره الذي هو إزالة العصمة .

ويقرر الغزالي هذا المعنى فيقول : "إن شرط التحريم التعرض لعقاب الآخرة فقط ، دون تخلف الثمرات والأحكام"[2] .

مسلك التفريق بين العبادات والمعاملات :

فأما وجه اقتضاء النهي للفساد في العبادات؛ فلأن النهي يضاد كون المنهي عنه قربة وطاعة ؛ لأن الطاعة موافقة الأمر، والأمر والنهي متضادان.

وأما وجه عدم اقتضائه للفساد في المعاملات، فلأنه لو اقتضى ذلك ، لكان طلاقُ البدعة، والوطءُ زمن الحيض غير مستتبع لآثاره، وهو باطل، فالملزوم ـ وهو اقتضاء النهي للفساد . مثله[3].

([1]) انظر : (شرح تنقيح الفصول للقرافي ، ص : 138، والمستصفى: (25/2)) .

([2]) المستصفى : (25/2) .

([3]) راجع: أصول الفقه، د. وهبة الزحيلي : (142/1) .

مسلك التفرقة بين ما نهي عنه حقاً لله وبين غيره:

أما نهي عنه لحق الله تعالى؛ كالبيع وقت النداء للجمعة، فإنه يقتضي الفساد، ويجب فسخه، وأما ما كان النهي فيه لغير حق الله تعالى؛ كبيع التصرية[1]، فإنه لا يقتضي الفساد، ويثبت فيه الخيار[2].

ثانياً : حالة ورود النهي مع قرينة:

أما إذا ورد النهي مقترنا بما يدلّ على أنه لذات المنهي عنه، أو لغيره ، فذلك لا يعدو ثلاث حالات، تعرّض العلماء لكل واحدة منها ، وتباينت مواقفهم تجاهها وذلك كما يلي :

الحالة الأولى : أن يكون النهي عن العمل لذاته : كالنهي عن صلاة المحدث ، والنهي عن نكاح المحارم ، والنهي عن أكل الميتة ، والنهي عن عبادة الأصنام ، والنهي عن بيع المضامين[3] ، والملاقيح[4] ، وحَبَل الحَبَلة[5] ؛ فالنهي في كُلٍّ مما ذُكر ، نهيٌ عن العمل لعينه ، وذلك لما يكتنفه من الخلل في أركانه .

والعلماء متفقون على أن هذا النوع من النهي ، يقتضي بطلان المنهي عنه؛ فلا يسقط به إعادة، ولا قضاء في العبادة ، ولا يترتب عليه شيء من آثاره الشرعية، إن كان عقداً من العقود؛ فإن كان نكاحاً بالمحارم، . مثلاً . فلا ينعقد به شيء ، ولا يثبت به نسب ، ولا مصاهرة، ولا توارث ، وإن كان بيعاً . ممَّا ذكر . فلا يكون سببا في الملك ، وذلك لانعدام محل العقد[6] .

الحالة الثانية : أن يكون النهي عن العمل لوصف ملازم للمنهي عنه: كالنهي عن صوم يوم العيد ، والنهي عن البيع المشتمل على الربا.

وقد اختلف العلماء فيها إلى مذهبين:

([1]) التصرية : هو ترك حلب الحيوان قصداً مدّة قبل بيعه ، ليُوهم المتشتري كثرة اللبن. راجع: القاموس الفقهي، ص211.

([2]) راجع : مفتاح الوصول، ص: 40 .

([3]) المضامين : جمع مضمون وهو ما في أصلاب الفحول من الماء .

([4]) الملاقيح : جمع ملقوحة وهي ما في البطن من الجنين .

([5]) حَبَل الحبلة : ولد الأنثى التي ما تزال في بطن أمها . وهذه الصور من البيوع، كانت موجودة في الجاهلية، فجاءت الشريعة بتحريمها . انظر: "النهاية" لابن الأثير : (26/3 ، 63/4) .

([6]) انظر: تفسير النصوص : (395/2) .

أولا : مذهب الجمهور:

ذهب الجمهور إلى أن النهي عن العمل لوصف ملازم له ، يقتضي فساده، بأصله ووصفه ، وأن حكمه حكم المنهي عنه لذاته، وبالتالي، فلا يترتب عليه أثر من آثاره المقصودة.

واستدلوا على ذلك: بأن الشارع طلب حصول المأمورات الشرعية خالية من أي وصف منهي عنه ، وما دام أنّ الوصفَ المنهيَّ عنه متصلٌ بالفعل؛ لا ينفك عنه ، فإنه يصمه بصفة القُبح ، فلا يجعله مشروعاً بحال[1] .

ثانياً : مذهب الحنفية:

يرى الحنفية أن النهي عن الأمر الشرعي[2] لوصفه ، يقتضي صحته ومشروعيته بأصله، وقبحه وفساده بوصفه .

ومثّلوا له بالنهي عن صوم يوم العيد ، فإن الصوم . بالنظر إلى ذاته . مشروع بأصله، لكنه قبيح لما اتصل به ، وهو إحداثه في يوم العيد ، لما فيه من الإعراض عن ضيافة الله تعالى، وهو وصف ملازم للصوم ، إلا أنه خارج عنه ؛ فاقتضى النهي عن هذا الفعل الشرعي قبحاً لغيره ؛ فكان صومه صحيحاً مع الحُرْمة ، وبهذا يثبت لكل من الأصل، والوصف، مقتضاه.

كما مثّلوا له بالنهي عن البيع بشرط فاسد ، بأنه مشروع بأصله . بالنظر إلى ذاته .، ولكنه قبيح لما اتصل به ، وهو الشرط الذي ينافي مقتضى العقد . وسموا هذا النوع من العقود المشروع الأصل دون الوصف، بأنه عقد فاسد، بينما أطلقوا على العقد غير مشروع الأصل والوصف ، بأنه عقد باطل .

بيد أن الحنفية أوجبوا فسخ أو إزالة الشرط الفاسد . ما أمكن . خروجاً من الحُرمة، ورفعاً للمعصية، كرفع الزائد عن العوض في البيع الربوي، وأمّا ما لا يمكن رفعه؛ كحلّ مذبوحِ ملكِ الغيرِ

([1]) انظر: (منهاج الوصول على علم الأصول ، للبيضاوي وشرحه للأسنوي : (74/1) ، وشرح اللمع في أصول الفقه للشيرازي: (303/1)، وإرشاد الفحول: (373/2)) .

([2]) يرى الحنفية أن النهي عن الفعل الحسي كالزنا والسرقة وشرب الخمر يقتضي القبح لعينه ، والقبح لعينه باطل اتفاقاً، إلا إذا دل الدليل على أن النهي عنه لغيره، فيكون حينئذ قبيحاً لغيره، ويرون أن النهي عن الفعل الشرعي يقتضي القبح لغيره ، والصحة والمشروعية بأصله ، إلا إذا دل الدليل على أن النهي عن الفعل لعينه . والنهي عن الفعل الشرعي يدل على تصوره، إذ لو كان مستحيل الوقوع لما نهي عنه . راجع: التوضيح مع التلويح (408/1 . 409).

بغير إذنه، فإنه لا قدرة للعبد على رفع المعصية المترتبة على هذا الفعل المنهي عنه، وبالتالي فالحل قائم مع الإثم على الفاعل[1] .

الرأي الراجح :

والذي نميل إليه في هذه الحالة ، هو الجمع بين ما ذهب إليه الجمهور من اقتضاء النهي للفساد أو البطلان في العبادات . لما استدل به الجمهور ، ولأن العبادات قُرَبٌ فلا ينبغي أن تُنال بارتكاب المعاصي . وبين ما ذهب إليه الحنفية من عدم اقتضاء النهي للفساد في العقود والمعاملات ، لما فيه . إضافةً إلى أدلة الحنفية . من تيسير شؤون الحياة ، وتأمين مصالح الناس التي لها في الشريعة وجه معتبر ، على أن يُلزم المكلّف . كما قال الحنفية . للتخلص من الإثم، بإزالة سببه . وهذا مسلك رائع ، جعل الإمام القرافي . رحمه الله . يحكم عليه بأنه "فقه حسن"[2] .

الحالة الثالثة : أن يكون النهي عن العمل **لوصف مجاور** منفك عنه ، غير لازم له؛ كالنهي عن الصلاة في الأرض المغصوبة ، والنهي عن البيع وقت النداء للجمعة ، والنهي عن الطلاق في وقت الحيض، وفي هذه الحالة اختلفت آراء العلماء إلى مذهبين:

مذهب الجمهور:

يرى جمهور العلماء أن النهي في هذه الحالة ، لا يقتضي بطلان العمل، ولا فساده ، بل يبقى صحيحاً، متصفا بالمشروعية ، وتترتب عليه آثاره المقصودة منه ، إلا أنه يقع على نَعْتِ الكراهة، ويترتب على فاعله الإثم.

وذلك لأن النهي في الصور . التي مضت . لم يكن لعين الشيء ، ولا لوصف لازم؛ لا يمكن انفكاكه ، وإنما كان لوصف مجاور؛ يمكن انفكاكه عنه ، وذلك كوجود الصلاة في غير الأرض المغصوبة ، وكحدوث الطلاق في طهر ، وكانعقاد البيع في غير وقت النداء للجمعة، بل

([1]) على أن التفرقة بين البطلان والفساد عند الحنفية ، كائن في عقد المعاملات . أما العبادات ، فقد صرح ابن الهمام أن الفساد فيها هو البطلان ، لأن المقصود من العبادة التقرب ونيل الثواب، فإذا لم تنتهض سبباً لحكمها التي شرعت له، تحققت بوصف الباطل ، فتصير . إذن . عديمة الفائدة. انظر: (التحرير مع التقرير والتحبير: (331/1 ، 333)، وأصول السرخسي : (83/1)) .

([2]) الفروق : (84/2) .

قد يوجد البيع دون الإخلال بالسعي إلى الجمعة ؛ كأن يتبايع المتبايعان في الطريق ذاهبين إليها ، وقد يحصل الإخلال بالسعي دون مبيع ، كأن يمكثا في الطريق من غير بيع .

إذن فجهة المشروعية تخالف جهة النهي ، فلا تلازم بينهما، إذ إن مخالفة رغبة الشارع تستوجب الإثم ، ولكن لا تقتضي تخلف الآثار والثمرات .

فالصلاة في الأرض المغصوبة تُخرج المكلف عن عهدة التكليف[1]، ولكنه يأثم بسبب ما جاورها من الغصب، والبيع وقت النداء للجمعة مستتبع لآثاره، وإن كان يلحق صاحبه الإثم والكراهة، إن كان قبل ظهور الإمام وأذان المؤذن، فإن كان بعده، حَرُمَ عليه الاشتغال بالبيع، لكن البيع لا يبطل ، لأن النهي لا يختص بالعقد ، فلم يمنع الصحة[2]، والطلاق في زمن الحيض يترتب عليه أثره؛ من إزالة العصمة، وإن أثم فاعله[3].

مذهب الحنابلة والظاهرية:

أما الحنابلة والظاهرية فقد سوّوا بين الأصل وغيره، من وصف، أو أمر خارج عنه، في موارد النهي كلها ، فلا فرق . عندهم . بين أن يكون النهي لذات المنهي عنه، أو لوصف ملازم ، أو لوصف مجاور.

واستدلوا لذلك، بأن النهي يقتضي الفساد ، فمتى ورد النهي بطل التصرف ، وأصبح معدوماً شرعاً ، والمعدوم شرعاً كالمعدوم حساً؛ لأن العمل في هذه الحال، واقع على خلاف قصد الشارع .

فالصلاة في ثوب مغصوب، أو في دار مغصوبة، هي معدومة شرعاً، فإذا أتى بها المكلّف وقعت باطلة؛ لأنها غير مشروعة[4] .

([1]) يرى الإمام أبو بكر الباقلاني بأن الفرض يسقط عندها لا بها ، ومثّل له بمن شرب دواء حتى جُنّ ؛ فسقط عنه فرض العبادات عند هذه المعصية، لا بها . انظر: الوصول إلى الأصول ، لأحمد بن علي البغدادي : (191/1).

([2]) سيأتي تحقيق هذه المسألة ومراعاة الخلاف فيها في الفصل التطبيقي الأخير من هذه الرسالة .

([3]) انظر : الأم للإمام الشافعي: (180/5) ، والتوضيح مع التلويح : (411/1 . 415)، وتنقيح الفصول، ص:139).

([4]) وبقولهم قال الشوكاني، راجع : (الوصول إلى الأصول: (190/1)، وإرشاد الفحول: (373/2)) .

قال ابن حزم[1] . رحمه الله . : "وكل أمر عُلّق بوصف ما ، لا يتم ذلك العمل المأمور به ، إلا بما عُلّق به ، فلم يأت به المأمور كما أُمر ؛ فلم يفعل ما أمر به، فهو باق عليه ، كما كان ، وهو عاص بما فعل ، والمعصية لا تنوب عن الطاعة ، ولا يشكل ذلك في عقل ذي عقل"[2].

الرأي الراجح:

يبدو أن رأي الجمهور في المسألة راجح لما استدلوا به؛ ولأن المخالفين لم يأتوا بما يقنع في دعواهم، اقتضاء النهي للفساد، في المنهي عنه لأمر خارج، وفي تسويتهم بين ما نهي عنه لعينه، وبين ما نهي عنه لوصف مجاور خارج عن ذات الشيء.

([1]) سبق ترجمته .

([2]) الإحكام لابن حزم : (3/59 . 61) ، طبعة دار الآفاق الجديدة .

المبحث الثاني
تحقيق حجية مراعاة الخلاف

مدخل: سبق أن قررنا أن قاعدة مراعاة الخلاف من جملة أنواع الاستحسان، وأن مؤداها ترك قياس مطرد، أو قاعدة عامة، إذا أدت إلى غلوّ ومشقة في الحكم ؛ فيعمل . حينئذ . بما كان مرجوحاً قبل انعقاد الحادثة ، ليصير راجحاً بعده ، لما احتف بذلك من القرائن التي تقوي جانب دليل المخالف ، رفعاً للحرج ، وترسيخاً لمبدأ اليُسر في الشريعة الغرّاء .

كما بينا أن مراعاة الخلاف وثيقة الصلة باعتبار المآل ، إذ لا يُحكم على فعل بالمشروعية، أو عدمها، إلا بناء على ما يفضي إليه من مآلات، فربما كان الفعل مشروعاً من حيث الأصل، غير أن العمل به في موضع قد يؤدي إلى مآل غير مشروع ، فيحكم له بعدم المشروعية، وقد يكون الفعل غير جائز من حيث الأصل ، بيد أن العمل به في حالة ما ، قد يفضي إلى نتيجة حسنة ؛ لوقوعه على وفق دليل معتبر لمخالفه ، فيحكم له . عندئذ . بالمشروعية ، تحقيقاً للمصلحة ، ودرءاً للمفسدة، وما مراعاة الخلاف إلا من هذا القبيل .

كذلك أوضحنا آنفاً أنّ الرحمة في اختلاف العلماء تعني فتح باب الاجتهاد ، والحث على استفراغ الوسع في طلب القوي من الأدلة . أصالةً أو مآلاً . والعمل بمقتضى ذلك .

وأخيراً بينا أن مراعاة الخلاف ترجع إلى أصل مختلف فيه وهو : هل النهي يقتضي الفساد أم لا ؟ وأوضحنا مذاهب العلماء في ذلك ، وقلنا إن الحد المتفق عليه بينهم أن النهي إن كان لذات الشيء، فإنه يقتضي الفساد ، وإن كان لوصف ملازم ، فإنه يقتضي الفساد عند الجمهور، ويقتضي المشروعية بالأصل والفساد بالوصف عند الحنفية ، وإن كان لوصف مجاور، فلا يقتضي الفساد عند الجمهور ، خلافاً للظاهرية والحنابلة .

ومقتضى مراعاة الخلاف ، العمل بالمنهي عنه ، إذا لم يكن النهي عن الشيء لذاته، وذلك إذا وقعت واقعة، وفقاً لرأي مخالف، له حظٌ من النّظر .

إضافة لما سبق ، فإن العمل بمراعاة الخلاف جائزٌ لا إشكال فيه على رأي المصوِّبة ، وعلى رأي المُخطّئة، يجوز . كذلك . لرجحان دليل المخالف، بعد وقوع الحادثة[1] .

([1]) انظر : المعيار المعرب ، للونشريسي : (389/6) .

وبناء عليه، يعتبرها تقرّر سابقاً، بمثابة أدلة إجمالية، ترجع إليها قاعدة مراعاة الخلاف.

وفي ما يلي من هذا المبحث تفصيل الحديث ، عن الأدلة التفصيلية، الخاصة برعي الخلاف. وقبل أن أشرع في ذلك، أرى أنه من المناسب أن أنبه إلى أن بين قاعدة مراعاة الخلاف ، وقاعدة الخروج من الخلاف، عموماً وخصوصاً مطلقاً ؛ فرعي الخلاف قد يكون بصورة الخروج منه، وقد يكون بغيره. ويهمني في هذا البحث، معالجة مراعاة الخلاف، في غير صورة الخروج منه؛ لأن الخروج من الخلاف متفق عليه[1] .

وسوف أتناول مشروعية مراعاة الخلاف في مطلبين :

المطلب الأول: موقف الأئمة من مراعاة الخلاف.

أولاً : مذهب الحنفية:

ذكر الأستاذ محمد مصطفى شلبي[2] ؛ خلال عرضه لمبحث الاستحسان، أن من ضمن أنواعه عند الحنفية، مراعاة الخلاف[3] ، وقد أثر عن بعض أئمة الحنفية القول بهذا الأصل .

من ذلك : أن أبا يوسف صاحب أبي حنيفة . رضي الله عنهما . صلّى الجمعة بالناس؛ ثم أُخبر بعد الفراغ منها ؛ بوجود فأرة في بئر الحمّام، وقد اغتسل الناس فيه، بعد ما صلّوا وتفرقوا؛ فقال : نأخذ بقول إخواننا أهل المدينة، ولم يبطل صلاته ، ولم يعدها ، بل أجازها بعد الوقوع ، وكان القياس أن يعدها أبداً ، مراعاة لقول مخالفه، مع مرجوحيته عنده، مما يدل على اعتباره، لمبدأ مراعاة الخلاف[4] .

([1]) انظر: الفرق بين القاعدتين وخصائصهما في الفصل الأول أثناء تناولنا لتعريف مراعاة الخلاف .

([2]) عالم أزهري معاصر .

([3]) غير أنه حسبما يبدو من كلامه أنه يقصد بذلك الخروج من الخلاف وليس عين المسألة التي نحن فيها . انظر: تعليل الأحكام ، ص : 356 ، دار النهضة العربية ، 1401هـ . 1981م .

([4]) سيأتي تناول هذه المسألة في المبحث الأول من الفصل الأخير بإذن الله . انظر : (فتاوى النوازل، لأبي الليث السمرقندي، ص:5، حيدر آباد دكن الهند، بدون تاريخ، بلوشستان بك دبو، كويتا، الطبعة الأولى ، 1405هـ . 1985، وانظر: رسائل ابن عابدين : (31/1) ، طبعة سهيل أكاديمي ، لاهور ، 1396هـ . 1976م)) .

ومن ذلك : ما قرره العلامة المحقق ابن عابدين[1] . رحمه الله . في رسالته "عقود رسم المفتي" من جواز العمل والإفتاء بالأقوال الضعيفة، في مواطن الضرورة، طلباً للتيسير، قال : "وما مر من عدم جواز العمل ، والإفتاء بالضعيف، محمولٌ على غير موضع الضرورة"، ثم ذكر أنه مما ينبغي أن يلحق بالضرورة ، هو عدم الإفتاء بكفر مسلم ، في كفره اختلاف ، ولو رواية ضعيفة[2].

هذه الشواهد . على قلتها . تدل على أن الحنفية، يراعون خلاف غيرهم ، ويعتبرونه في مواطن الضرورة ، وإن لم يصرحوا بهذا المبدأ ، ولم يعدوه ضمن أصولهم.

ثانياً : مذهب المالكية: مراعاة الخلاف أصل في مذهب مالك، اشتهر به المالكية، حتى عد من خواص مذهبهم ، وإن الناظر إلى كتب الفروع عندهم، يجدها تطفح بنماذج لا حصر لها، من مراعاة الخلاف . فكثيراً ما تجد أن لهم في المسألة حكمين : أحدهما يوافق أصولهم ، والآخر يوافق أصول غيرهم؛ وذلك لتوارد دليلين متعارضين ، فيحاولوا إعطاء كل من الدليلين حكمه[3].

ففي العبادات . مثلا . تراهم يقولون : إن تكبيرة الإحرام فريضة من فرائض الصلاة، لا تصح بدونها ، حتى ولو تُركت سهواً ، ثم يقولون : إن المسبوق إذا كبر للركوع ناسياً تكبيرة الإحرام، تمادى في صلاته، مراعاة لقول من يقول بالإجزاء[4] ، فإذا سلم الإمام أعاد هذا المسبوق صلاته استحباباً، في الوقت، مراعاة للقول ببطلانها[5].

وفي باب المعاملات يقولون : إن النكاح الفاسد ؛ لاختلال ركن من أركانه ، أو فقد شرط من شروطه ، يجب فسخه ، فإن كان مختلفا في فساده؛ اختلافاً قوياً ولو خارج المذهب، فسخ قبل البناء وبعده ؛ أما قبل البناء، فلا شيء فيه ، وأما بعده ففيه المُسمَّى إن كان، وإلا صداق

([1]) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي ، المعروف بابن عابدين ، فقيه الشام ، وإمام الحنفية في عصره ، من مصنفات : نسمات الأسحار على شرح المنار في الأصول ، ورد المختار على الدر المختار ، المشهور بحاشية ابن عابدين ، ولد بدمشق سنة 1198هـ، وتوفي بها سنة 1252هـ انظر: (الفتح المبين في طبقات الأصوليين، لعبد الله مصطفى المراغي : (114/4) ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية 1394هـ . 1974 ، والأعلام : (276/6)) .

([2]) انظر رسائل ابن عابدين : (50/1) .

([3]) انظر : الأصول التي اشتهر انفرد إمام دار الهجرة بها، د. محمد فاتح زقلام، ص: 375 .

([4]) كسعيد بن المسيب . رحمه الله . . راجع : المدونة مع مقدمات ابن رشد: (162/1)، طبعة دار الكتب العلمية .

([5]) كقول ربيعة بن عبد الرحمن . رحمه الله . انظر: المصدر نفسه : (162/1) .

المثل ، ويكون الفسخ بطلاق ، ويلزم في النكاح المختلف في فساده الطلاق إن وقع ، ويثبت به الميراث بين الزوجين، إذا مات أحدهما قبل الفسخ ، كل ذلك، مراعاة لمن يقول بصحته.

وأشار إلى ذلك الناظم[1] بقوله :

وفسخٌ فاسدٌ بلا وفاق بطلقةٍ يعدُّ في الطلاق

ومن يمت قبل وقوع الفسخ في ذا فما لإرثه من نسخ[2].

إذن، فنسبة هذا الأصل إلى المذهب المالكي ظاهرة جلية ، وقد ذكره بعض من دون أصول مذهب مالك ، إلا أنهم قالوا إن الإمام لم يلتزم هذه القاعدة في كل مسألة خلاف ، بل كان يأخذ بهذا الأصل تارةً ، ويُعدل عنه أخرى[3] .

ثالثاً : مذهب الشافعية:

رغم أن الشافعية لم يعدوا رعي الخلاف من أصول مذهبهم إلا أنهم كثيراً ما يعللون الأحكام بذلك. وقد ذكر كثير من علمائهم رعي الخلاف في تصانيفهم، معتبرين ذلك قاعدة من قواعد الفقه؛ فقالوا : يستحب الخروج من الخلاف ، ومثلوا لذلك بأمثلة كثيرة ، وبينوا شروط الأخذ بها؛ كأن يكون قوى المدرك، وألاّ يؤدي ذلك إلى محظور؛ من ترك سنة، أو الوقوع في خلاف آخر[4] .

وذكر الزركشي في البحر أن الإمام الشافعي . رحمه الله . راعى خلاف غيره في مسائل كثيرة ، وإنما ذلك من باب الاحتياط والورع[5] .

([1]) القاضي أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي في أرجوزته المسماة بتحفة الحكام .

([2]) انظر: البهجة شرح التحفة مع شرح التاودي المسمى بحلي المعاصم لبنت فكر ابن العاصم ، لأبي الحسين علي بن عبد السلام التسولي : (269/1) ، مصطفى بابي الحلبي ، الطبعة الثانية ، 1370هـ . 1951م .

([3]) انظر : (شرح حدود بن عرفة : (263/1) ، ومنار أصول الفتوى لإبراهيم اللقاني ، ص : 301 ، والجواهر الثمينة في أدلة عالم المدينة للمشاط ، ص : 235 ، والموفقات للشاطبي (108/4 ، 146) ، والاعتصام : (145/2)، والفكر السامي للحجوي : (455/4) ، وفتاوى عليش : (81/1) .

([4]) انظر: (الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص : 136 ، والأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي : (110/1) ، دار الكتب العلمية . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1411هـ . 1991م ، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام : (253/1)).

([5]) انظر: البحر المحيط في أصول الفقه : (265/6) .

ومن هذه المسائل نقل عنه . رضي الله عنه . أنه صلى ذات مرة بعدما حلق وعلى ثوبه شعر كثير ، وكان إذ ذاك مذهبه القديم يرى نجاسة الشعر ، فقيل له في ذلك فقال : حيث ابتلينا نأخذ بمذهب أهل العراق[1] . فهذا يفيد أنه أخذ برأي غيره بعد حدوث الحادثة.

ومن العبارات الصريحة في اعتبار الخلاف، ما ورد في بعض كتب الشافعية، إذ جاء فيها:

"[إذا] وقف شافعي بين حنفيين، واقتدى بشافعي يحصل له ثواب الجماعة والصف . فيما يظهر . وإن تحقق من الحنفي عدم قراءة الفاتحة، لا يقال حيث علم ترك الحنفي القراءة، كانت صلاته باطلة عند الشافعي؛ فيصير في اعتقاده منفرداً ؛ لأنا نقول : صرحوا بأن فعل المخالف لكونه ناشئاً عن اعتقاد، ينزل منزلة السهو، ومن ثم لو اقتدى شافعي بحنفي، فسجد لتلاوة سجود، لا تبطل صلاة الشافعي بفعل الحنفي، ولا تبطل قدوته به"[2] . وهذا النص يشهد بما لمراعاة الخلاف من الأثر في عدم إبطال العمل ، وإن اقتضى القياس بطلانه .

رابعاً : مذهب الحنابلة:

وأما الحنابلة فقد روى عن الإمام أحمد . رحمه الله . وهو يرى الوضوء من الحجامة والرعاف ، أنه سئل عمن رأى الإمام احتجم، وقام إلى الصلاة ولم يتوضأ ، فقال : كيف لا

([1]) راجع : تحفة الرأي السديد الأحمد لضيا التقليد والمجتهد ، لأحمد الحسيني بك، ص: 42، مطبعة كردستان العلمية بمصر، 1326هـ .

([2]) حاشية الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج لزكريا الأنصاري : (498/1) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، بدون تاريخ .

أصلي خلف مالك ، وسعيد بن المسيب[1][2] .

ونص صاحب "كشاف القناع"[3] على اعتبار الخلاف في عدم القطع في السّرقة؛ فقال: "وإن عجز رب دين عن استيفائه ، أو مجنيّ عليه عن أرض جناية، فسرق قدر دين ، أو حقٍ في أرش جناية ؛ فلا قطع؛ لأن بعض العلماء أباح له الأخذ ؛ فيكون الاختلاف في إباحة الأخذ شبهة تدرأ الحد ؛ كالوطء في نكاح اختلف في صحته"[4] .

وقال ابن قدامة المقدسي . رحمه الله . في حكم وصل المرأة رأسها بغير الشعر : "والظاهر أن المحرم إنما هو وصل الشعر بالشعر [عملاً بالخبر[5]] ؛ لما فيه من التدليس ، واستعمال المختلف في نجاسته ، وغير ذلك ، لا يحرم ؛ لعدم هذه المعاني فيها ، وحصول المصلحة من تحسين المرأة لزوجها، من غير مضرة، والله أعلم"[6] .

وبهذا يتبين أن المالكية لم ينفردوا باعتبار هذا الأصل ، وإنما أخذ به غيرهم كذلك ، غير أنهم توسعوا فيه أكثر من غيرهم ، حتى عدّ من أصول مذهبهم[7] .

([1]) هو سعيد بن المسيّب بن حزن المخزومي ، القرشي ، المدني ، رأس علماء التابعين الذي جمع الحديث إلى الفقه، والزهد ، والورع ، وهو أحد الفقهاء السبعة الذين كانوا بالمدينة ، وأعلم الناس بأقضية الرسول . صلى الله عليه وسلم . ، وكبار الصحابة ، ومذهبه أصل مذهب مالك في المدينة ، كما أن إبراهيم النخعي أصل مذهب الحنفية بالعراق ، توفي . رضي الله عنه . سنة 93هـ . انظر : (تهذيب التهذيب لابن حجر : (84/4) ، وحلية الأولياء ، لأبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني : (262/2))، نشر دار الريان للتراث، القاهرة، ودار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الخامسة ، 1407هـ 1987م) .

([2]) انظر : مسائل الإمام أحمد لابن هاني : (7/1) .

([3]) هو منصور بن يونس البهوتي .

([4]) (143)، مكتبة النصر الحديثة، الرياض، بدون تاريخ .

([5])عن ابن عمر . رضي الله عنهما ، قال: "لعن النبي . صلى الله عليه وسلم . الواصلة والمستوصلة" : فتح الباري، كتاب: اللباس ، باب: الموصلة : (150/22) .

([6]) المغني : (77/1) .

([7]) راجع : الأصول لزقلام، ص: 389 .

المطلب الثاني : حجيّة مراعاة الخلاف :

اختلف العلماء في حجية مراعاة الخلاف إلى رأيين ، وذلك كالآتي :

الفرع الأول : أدلة القائلين بمراعاة الخلاف :

استدل القائلون بمراعاة الخلاف على مدعاهم بأدلة من المنقول والمعقول :

أ . أدلتهم من المنقول :

الدليل الأول : عن عائشة[1] . رضي الله عنها . قالت : "اختصم سعد[2] وابن زمعة[3]؛ فقال النبيّ . صلى الله عليه وسلم . هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش ، [وللعاهر الحجر] [4] ، واحتجبي منه يا سودة[5] "[6] .

([1]) سبق ترجمتها .

([2]) هو سعد بن أبي وقاص مالك بن وهيب ، أبو إسحاق : أحد السابقين إلى الإسلام ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة، وأحد أصحاب الشورى الستة ، وأول من رمى بسهم في سبيل الله ، وكان مستجاب الدعوة ، شهد المشاهد مع رسول الله . صلى الله عليه وسلم . ، وولي الولايات من قبل عمر وعثمان . رضي الله عنهما . ، وتوفي . رضي الله عنه . في قصره بالعقيق سنة 55هـ ، وحُمِل إلى المدينة ، ودفن بالبقيع . انظر : (الإصابة : (73/3)، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار نهضة مصر، الفجالة . القاهرة، بدون تاريخ، وشذرات الذهب : (60/1)) .

([3]) هو عبد بن زَمعة بن قيس القرشي العامري : من سادات الصحابة وأشرافهم، وهو أخو أم المؤمنين سودة بنت زمعة لأبيها . انظر الاستيعاب، لابن عبد البر: (820/2)، تحقيق، علي محمد البجاوي، مكتبة نهضة مصر ، الفجالة . مصر، بدون تاريخ .

([4]) أي للزاني الخيبة ، ومعنى الخيبة هنا الحرمان من الولد الذي ادعاه ، وهذا جريا على عادة العرب التي تقول لمن خاب : له الحجر ، وبفيه التراب ، ونحو ذلك . وقيل المراد بالحجر هنا الرجم . انظر : (فتح الباري : (163/25) ، والنهاية لابن الأثير : (343/1)) .

([5]) هي أم المؤمنين سودة بنت زمعة ،تزوجها رسول الله . صلى الله عليه وسلم . ، بعد موت خديجة ، وقيل الهجرة بنحو ثلاث سنين ، وأصدقها أربع مائة درهم ، وكانت قبله تحت السكران ، ابن عمرو بن عمها ، توفيت . رضي الله عنها . في آخر خلافة عمر . رضي الله عنه . ، وقيل توفيت سنة 54هـ في خلافة معاوية . رضي الله عنه . على الراجح انظر : (الاستيعاب : (44/1)، وأعلام النساء في عالمي العرب والإسلام، عمر رضا كحالة: (267/2)، المطبعة الهامشية بدمشق، الطبعة الثانية، 1377هـ . 1958م) .

([6]) صحيح البخاري ، كتاب : الحدود ، باب : للعاهر الحجر : (2499/6) ، وورد في كتاب الفرائض وكتاب البيوع وكتاب الوصية وغيرها بألفاظ متقاربة ، وما بين معكوفتين ، زيادة عن قتيبة عن الليث ، والزيادة من الثقة مقبولة ، وخصوصاً وأنها وردت مسندة في صحيح البخاري في مواضع أخرى من كتاب الحدود والفرائض عن أبي هريرة . رضي الله عنه . .

وقصة الحديث: أن عبد بن زمعة كان لأبه أمة فولدت وليداً ، فاختصم فيه هو وسعد بن أبي وقاص، حيثُ ادّعى سعد أنه ابن أخيه عتبة[1] ، وادعى عبد أنه أخوه ؛ لأنه من أمة أبيه . فألحق رسول الله . صلى الله عليه وسلم . الولد لصاحب الفراش . الذي هو زمعة . وأمر سودة أن تحتجب منه، لما رأى شبهه بعتبة .

ووجه الاستدلال : أن الرسول . صلى الله عليه وسلم . راعى كلا الدليلين، وأعطى لكل منهما ما يناسبه من الحكم، حيث أعطى للفراش حكمه ؛ فألحق الولد بصاحب الفراش ، وأعطى للشبه حكمه؛ فأمر بنت صاحب الفراش . التي هي سودة زوجته . صلى الله عليه وسلم . بالاحتجاب من الولد .

وهذا هو عين مراعاة الخلاف ، فإنها توسط بين موجب الدليلين[2] .

قال صاحب الفتح[3] معلقا على هذا الحديث : "استدل به بعض المالكية على مشروعية الحكم بين حكمين، وهو أن يأخذ الفرع شبها من أكثر من أصل؛ فيعطى أحكاما بعدد ذلك ، وذلك أنّ الفراش يقتضي إلحاقه بزمعة في النسب ،والتشبه يقتضي إلحاقه بعتبة ؛ فأعطي الفرع حكما بين حكمين ؛ فروعي الفراش في النسب ، والشبه البين في الاحتجاب" ، ثم قال: "وإلحاقه بهما ، ولو كان من وجه، أولى من إلغاء أحدهما من كل وجه"[4] .

وقال ابن العربي[5] . رحمه الله . : "القضاء بالراجح لا يقطع حكم المرجوح بالكلية، بل يجب العطف على المرجوح ، بحسب مرتبته لقوله . عليه الصلاة والسلام . : "واحتجبي منه يا سودة"[6] ، وهذا مستند مالك فيما كره أكله[7] ؛ فإنه حكم بالحل عند ظهور الدليل ، وأعطى المعارض شيئاً من أثره ؛ فحكم بالكراهة"[8] .

([1]) هو عتبة بن أبي وقاص ، أخو سعد ، وفي إسلامه خلاف ، وهو الذي كسر رباعية رسول الله . صلى الله عليه وسلم . في أحد ، مات بالمدينة في حياة رسول الله . صلى الله عليه وسلم . : انظر تهذيب التهذيب: (103/7)) .

([2]) انظر : (الأصول لزقلام ، ص : 390 ، والمعيار المعرب ، للونشريسي : (379/6)).

([3]) هو الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني . رحمه الله . .

([4]) فتح الباري : (165/25) .

([5]) سبق ترجمته.

([6]) سبق تخريجه.

([7]) في هذا المثال روعي الخلاف من باب الخروج من الخلاف .

([8]) انظر: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ، للشيخ عليش : (82/1) .

الدليل الثاني : عن أبي هريرة . رضي الله عنه . عن النبي . صلى الله عليه وسلم . أنه قال : "لا تُزوج المرأةُ المرأةَ ، ولا تزوجُ نفسها ؛ فإنّ الزانية هي التي تزوج نفسها"[1].

وعن عائشة . رضي الله عنها . أن النبي . صلى الله عليه وسلم . قال : "أيّما امرأة نُكِحت بغير إذن وليها ؛ فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها؛ فالمهر لها بما أصاب منها"[2] .

وجه الدلالة : أن الرسول . صل الله عليه وسلم . حكم ببطلان العقد أولاً ، وأكّده بالتكرار ثلاثاً ، وسماه زنا ، وأقل مقتضياته ، عدم اعتبار هذا العقد جملة ، لكنه . صلى الله عليه وسلم . عقّبه بما اقتضى اعتباره بعد الوقوع ، بقوله . عليه الصلاة والسلام . : "فإن دخلها بها ، فالمهر لها بما أصاب منها" ، ومن المعلوم أن مهر البغي حرام ، فلو كان زنا ، لما أثبت لها الشارع المهر ، فدل إثبات المهر لها على صحة النكاح بعد الوقوع ، وأنه ليس في حكم الزنا[3] .

وهكذا شأن مراعاة الخلاف ، فهي إعمال لدليل كل من الخصمين ، إذ بينما حكم على العقد قبل الوقوع بالبطلان ، جريا على مذهب الجمهور ، اعتبر جانبه بعد الوقوع ، مراعاة لدليل الحنفية ، وذلك لما اقترن بالفعل من الأحوال التي تجعل من الاستمرار في مقتضى

([1]) سنن الدارقطني مع التعليق المغني للعظيم آبادي ، كتاب النكاح : (227/3) ، الحديث رقم (25) ، عالم الكتب ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، 1402هـ . 1986م ، وسنن ابن ماجة تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي ، كتاب : النكاح ، باب : لا نكاح إلا بولي: (347/1) ، شركة الطباعة العربية ، الرياض ، 1404هـ . 1984م .

([2]) رواه الترمذي بزيادة "فإن تشاجروا ، فالسلطان ولي من لا ولي له" . وقال أبو عيسى : حديث حسن : (عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي ، لابن العربي ، كتاب : النكاح ، باب : ما جاء لا نكاح إلا بولي : (103/5) ، إعداد هشام سمير البخاري ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1415هـ . 1995م ، وسنن الدارقطني، كتاب النكاح : (221/3) ، الحديث رقم (10) ، وانظر : صحيح سنن أبي داود ، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني بمساعدة زهير الشاويش بلفظ مقارب ، كتاب : النكاح ، باب : في الولي : (393/2) ، نشر مكتب التربية لدول الخليج، الطبعة الأولى ، 1409هـ . 1989م .

([3]) انظر : الاعتصام للشاطبي : (148/2) .

النهي، الوقوع في مفسدة أشد من القول بتصحيحه، على إحدى المذاهب[1].

الدليل الثالث : من فتاوى السلف : وجد في فتاوى كبار الصحابة ، والخلفاء ، والأئمة الأعلام ، ما يشير إلى اعتبار أصل مراعاة الخلاف ، حيث اعتبروا فيها الدليل المرجوح بعد وقوع الحادثة، وقدموه على الراجح ؛ لاعتضاده بعد الوقوع بما يقوى جانبه، ويجعله أقوى من الراجح .

فمن ذلك . مثلا . المرأةُ يُزوجها وليان جائزان ، ولا يعلم أحدهما بتقدم نكاح الآخر؛ فالنكاح للأول، إلا أن يكون الآخر دخل بها، ولا يعلم تزوجها، فإن دخل بها، فهو أحق بها.

وبذا قضى معاوية[2]، في حادثة حدثت له مع الحسن[3] ، وبذلك قال عطاء[4] ، والزهري[5] . رضي الله عنهم أجمعين .[6] .

ومقتضى القياس: أنه متى تُحقق أن الذي لم يَبْنِ بالزوجة هو الأول ، فدخول الثاني بها؛ هو دخول بزوج غيره ؛ فلا يكون غلطه على زوج غيره مصححاً لعقده، الذي لم يصادف محلاً، ولا مبيحاً له التمتع بها على الدوام ، وكيف يكون الغلط مبطلاً لعقد نكاح، مجمع على صحته

([1]) انظر : (الفقه النافع ، لأبي القاسم محمد بن يوسف السمرقندي ، ص : 102 ، نشر مجمع البحوث الإسلامية ، بالجامعة الإسلامية العالمية ، إسلام آباد ، الطبعة الأولى ، 1996م ، والمدونة الكبرى : (153/2) ، والتذهيب في أدلة متن الغاية والتقريب ، المشهور بمتن أبي شجاع ، د. مصطفى البغا ، ص : 160 ، نشر دار الإمام البخاري ، دمشق ، الطبعة الأولى ، 1398هـ . 1978م، والمغني : (338/7)، والأصول لزقلام، ص: 39) .

([2]) هو معاوية بن أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية . رضي الله عنه . : أحد دهاة العرب وحلمائها ، يضرب به المثل في ذلك ، وأحد كتبة الوحي ، وهو مؤسس الدولة الأموية ، ولد بمكة ، وأسلم يوم فتحها ، وتوفي في دمشق سنة60هـ، وله ثمان وسبعون سنة . انظر : (شذرات الذهب : ((65/1) ، والأعلام : ((172/8)) .

([3]) هو الحسن بن علي ، أبو محمد : سبط رسول الله . صلى الله عليه وسلم . ، وريحانته من الدنيا ، وأحد سيدي شباب أهل الجنة ، ولد في رمضان سنة 3هـ ، وبويع بالخلافة بعد قتل أبيه علي . كرم الله وجهه . ، لكنه سلّم الخلافة إلى معاوية في جمادي الأولى سنة 41هـ كرها لسفك الدماء ، توفي . رضي الله عنه . سنة 49هـ ، ودفن البقيع . انظر : (تهذيب التهذيب : (295/2) ، وحلية الأولياء لأبي نعيم : (35/2)) .

([4]) سبق ترجمته .

([5]) هو محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب القرشي ، الزهري ، أبو بكر المدني : أحد الأئمة الأعلام ، وعالم الحجاز والشام ، أدرك عشرة من الصحابة ، وهو معدود من صغار التابعين ، ومن رؤوس الطبقة الرابعة ، متفق على جلالته وإتقانه، مات . رحمه الله . سنة 124هـ . انظر : (تهذيب التهذيب : (445/9)) ، وشذرات الذهب: (162/1)).

([6]) راجع : المصنف للحافظ عبد الرزاق الصنعاني : (231/6) ، تحقيق : الشيخ حبيب الرحمن الأعظمي ، نشر المجلس العلمي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1392هـ . 1972م .

ولزومه ؛ لوقوعه على وفق الكتاب والسنة ، ظاهراً وباطناً ، وإنما المناسب أن يُرفع عن الغالط الإثم والعقوبة ، لا أن يباح له زوج الغير دائماً ، ويمنع زوجها منها [1] .

ب ـ أدلتهم من المعقول : أهمها دليلان، هما:

الدليل الأول:

قرر القاضي أبو الوليد الباجي[2] ـ رحمه الله ـ اعتبار الخلاف في الأحكام الشرعية، واستدل على ذلك "بأن ما جاز أن يكون علة بالنطق [أي بالنص] ، جاز أن يكون علة بالاستنباط، ولو قال الشارع : إن كل ما لم تجتمع أمتي على تحريمه ، واختلفوا في جواز أكله؛ فإن جلده يطهر بالدباغ ، لكان ذلك صحيحاً؛ فكذلك إذا عُلّق الحكم عليه بالاستنباط"[3].

وتوضيح هذا الدليل: إن الوصف الذي يجوز أن ينص الشارع على علّيته ، يجوز لنا أن نجعله علة بالاستنباط. واختلاف العلماء وصف لا مانع أن ينص الشارع على عليته .

إذن ، لا مانع من جعله علة بطريق الاستنباط. وعندئذ ، يكون مراعاة الخلاف جائزا بناء الأحكام عليها ، وهو المدّعى[4] .

اعترض على هذا الدليل باعتراضين:

الأول: "هذا الدليل مشترك الإلزام ، ومنقلب عن المستدل به ، إذ لقائل أن يسلم أن ما جاز أن يكون علة بالنطق، جاز أن يكون علة بالاستنباط ، ثم يقول : لو قال الشارع : إن كل ما لم تجتمع أمتي على تحليله ، واختلفوا في جواز أكله ؛ فإن جلده لا يطهر بالدباغ ، لكان ذلك صحيحاً ، فكذلك الحكم بالاستنباط. ويكون هذا القلب أرجح ؛ لأنه مائل إلى جانب الاحتياط"[5] .

([1]) "ومثل ذلك ما قاله العلماء في مسألة امرأة المفقود : أنه إن قدم المفقود قبل نكاحها ، فهو أحق بها ، وإن كان بعد نكاحها ، والدخول بها ، بانت ، وإن كانت بعد العقد ، وقبل البناء ، فقولان" : الاعتصام : (147/2)، وانظر: المعيار المعرب للونشريسي: (394/6)).

([2]) سبق ترجمته .

([3]) الموافقات : (110/4) .

([4]) انظر: الأصول التي اشتهر انفراد إمام دار الهجرة بها ، ص : 393 .

([5]) الموافقات : (110/4) .

الثاني: ليس كل جائز عقلا، واقعاً سمعاً ، بل الوقوع محتاج إلى دليل ، ألا ترى أنه يجوز أن ينص الشارع . مثلا . على أن مس الحائط ناقض للوضوء ، وأن شرب الماء الساخن مفسد للحج ، وأن المشي من غير نعل يفرق بين الزوجين ، وما أشبه ذلك ، ولا يكون هذا التجويز سبباً في وضع الأشياء المذكورة عللاً شرعية بالاستنباط ، فلما لم يصح ذلك، دل على أن نفس التجويز ليس بمسوّغ لجعل الأوصاف عللاً شرعية بالاستنباط .

فإن قيل : إن الجواز مقيد باشتراط مناسبة الوصف للحكم ، وما ذكرتموه من الأمثلة عار عن تلك المناسبة . قلنا : لم يذكر هذا القيد في الدليل ، على أن من طرق الاستنباط ما لا تلزم فيه المناسبة[1] ؛ كالطرد والعكس[2].

الدليل الثاني:

قرر أبو إسحاق الشاطبي . رحمه الله . أن من ارتكب منهيا عنه ، قد يكون ما يترتب عليه من الأحكام ، أزيد مما ينبغي ، وأشد عليه من مقتضي النهي ، فيتركُ وما فعل، أو يقرّ ما وقع فيه من الفساد، على وجه يليق بالعدل ، نظراً إلى أن ذلك الواقع واقع المكلف فيه دليلاً على الجملة ، وإن كان مرجوحاً ، فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه؛ لأن ذلك أولى من إزالتها، وإلحاق ضرر بالفاعل أشد من مقتضى النهي ، فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليله أقوى قبل الوقوع ، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع ؛ لما اقترن من القرائن المرجحة؛ كما سبق التنبيه عليه في حديث تأسيس البيت على قواعد إبراهيم . عليه السلام[3] . ، وكما جاء في حديث قتل المنافقين[4] ، فإن النبيّ . صلى الله عليه وسلم . امتنع عن قتالهم، حتى لا تشوّه دعوة

([1]) قرر ابن الحاجب، وتبعه عضد الملة والدين بأن المختار جواز انخرام المناسبة بمفسدة راجحة أو مساوية ، إذ العقل يقتضي أن لا مصلحة مع مفسدة مثلها أو أزيد منها ، ومثل له بصحة الصلاة في الدار المغصوبة . راجع : مختصر المنتهى ، لابن الحاجب مع حاشية الشارح ، ص : 396 ، طبعة حسن حلمي الريزوي ، 1307هـ .

([2]) الطرد : هو نوع من القياس يتم فيه إثبات مثل حكم الأصل في الفرع لاشتراكهما في العلة، مثل قول أصحاب أبي حنيفة في المديان تجب عليه الزكاة قياساً على غير المديان. العكس : هو قياس يتم بموجبه إثبات نقيض حكم الأصل في الفرع ، لافتراقهما في العلة ؛ مثل قول المالكية بعدم إيجاب الوضوء من كثرة القئ ، بأنه لمّا لم يجب الوضوء من قليله، لم يجب من كثيره ، عكس البول : لمّا وجب الوضوء من قليله ، وجب من كثيره . انظر : مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول للشريف التلمساني ، ص : 154 . 161 .

([3]) الحديث في صحيح البخاري وقد سبق تخريجه .

([4]) انظر: فتح الباري ، كتاب : المناقب ، باب : ما ينهى من دعوى الجاهلية : (29/13) .

الإسلام ، فتقول العرب: إن محمداً يقتل أصحابه، ومثله حديث البائل في المسجد[1] ، فإن النبي . صلى الله عليه وسلم . أمر بتركه حتى يتم بوله؛ لأنه لو قطع بوله ، لنجست ثيابه ، ولحصل له من ذلك داءٌ في بدنه ، ولربما نجس موضعين أو أكثر ، فلأجل هذا، ترجّح جانبُ تركه .

وقرّر في موضع آخر . اعتماداً على قول بعض الأشياخ من أهل فاس وتونس[2] . أن المسألة لها تعلُّقان: أحدهما قبل الوقوع ، وثانيهما قيما بعده ، وهما مسألتان مختلفتان ، ولكلٍّ حالة خاصة ، ذات ملابسات معينة ، تستدعي نظراً متميزاً . إذن، فليس الجمع بين الحالين ، جمعاً بين متنافيين ، ولا قولا بهما معا، وما مراعاة الخلاف إلاّ من هذا القبيل[3] .

الفرع الثاني : أدلة المانعين من مراعاة الخلاف:

أما الذين لا يرون هذا الأصل، ولا يعتدون به، فقد احتجوا على مدعاهم بأربع حجج، هي كالتالي:

الحجة الأولى : إن القول بمراعاة الخلاف مخالف للقياس الشرعي ؛ لأن القياس يقتضي أن يسير المجتهد على مقتضى دليله ، إذ الدليل هو المتبع ، فحيثما صار صير إليه، ومتى رُجح للمجتهد أحدُ الدليلين على الآخر . ولو بأدنى وجوه الترجيح . وجب التعويل عليه، وإلغاء ما سواه .

والقول بمراعاة الخلاف، يقتضي عدم الجري على مقتضى الدليل الراجح ؛ لأن رجوع المجتهد إلى قول الغير، يعتبر إعمالاً لدليله المرجوح عنده ، وإهمالاً للدليل الراجح عنده، الواجب عليه اتباعه ، وذلك على خلاف القواعد.

([1]) انظر: فتح الباري ، كتاب : الأدب ، باب : ما لا يستحيا من الحق للتفقه في الدين : (328/22) .

([2]) كأبي عبد الله الفشتالي، أشار إليه أبو عمران الفاسي، راجع : (الموافقات : (109/4)، والمعيار المعرب: (391/6)).

([3]) انظر: الموافقات : (147/4 ، 109) .

وقد عاب مراعاةَ الخلاف جماعةٌ من الأشياخ المحققين؛ منهم أبو عمران الفاسي[1] ، وابن عبد البر[2]، والقاضي عياض[3] رحمهم الله. وقد نقل عن عياض قوله : "القول بمراعاة الخلاف لا يعضّده القياس ، وكيف يترك العالم مذهبه الصحيح عنده، ويفتي بمذهب غيره المخالف لمذهبه ، هذا لا يسوغ إلا عند عدم الترجيح، وخوف فوات النازلة؛ فيسوغ له التقليد ، ويسقط عنه التكليف في تلك الحادثة"[4] .

كذلك نقل عن ابن عبد البر قوله : "الخلاف لا يكون حجة في الشريعة"[5] .

"وأجاب الجمهور: بأنه لا مخالفة للقواعد الشرعية في القول بمراعاة الخلاف ؛ لأنه لا يتضمن ترك راجح واتباع مرجوح . كما تصورتم . وإنما يتضمن ترك راجح لما هو أرجح منه ، ذلك أن الذي كان مرجوحاً قبل وقوع الحادثة ، صار بعده أقوى من الراجح ، لما احتف به من القرائن التي رجحت جانبه ، وصار الذي كان راجحاً قبل الوقوع مرجوحاً بعده ، لمعارضته . حينئذ . دليلاً آخر يقتضي رجحان دليل المخالف. وترك الدليل لما هو أقوى منه هو عين ما تقتضيه القواعد، لا خلافه"[6] .

لذلك ، ليس في مراعاة الخلاف ترك لدليل المجتهد ، وعمل بدليل غيره ، بل هو إعمال للدليلين معا ، من وجه ، كل واحد منهما هو فيه أرجح[7] .

الحجة الثانية : إن القول بمراعاة الخلاف يؤدي إلى الجمع بين متنافيين ، وإنما يتصور الجمع في منع التنزيه ، لا في منع التحريم؛ حيث يقتضي كل واحد منهما ضدَّ ما يقتضيه الآخر، وكل ما كان كذلك ، فهو باطل ، إذن، فالقول بمراعاة الخلاف باطل[1] .

([1]) هو موسى بن عيسى بن أبي حجاج الغفجومي ، نسبة إلى قبيلة من البرر ، أصله من فاس ، واستوطن القيروان، جمع بين حفظ المذهب المالكي ، والحديث وفقهه ، والقراءة بالسبع ، ومعرفة بالرجال ، حصل له رحلة في طلب العلم إلى قرطبة ، وأخرى إلى بلاد المشرق . توفي . رحمه الله . سنة 430هـ، وهو ابن خمس وستين سنة. انظر: الديباج المذهب ، ص : 344 .

([2]) سبق ترجمته .

([3]) سبق ترجمته .

([4]) فتاوى عليش : (82/1) ، والاعتصام : (146/2) .

([5]) الموافقات : (109/4) ، وانظر: فتاوى عليش : (81/1) .

([6]) الأصول لزقلام ، ص : 397 .

([7]) انظر: (المعيار المعرب : (379/6) ، ومنار أصول الفتوى ، لإبراهيم اللاقاني ، ص : 304) .

وأجيب: بمنع كون مراعاة الخلاف تؤدي إلى الجمع بين المتنافيين ، ولا إلى القول بهما معا ؛ لانتفاء التعارض بين حالتي إعمال الدليلين .

وبيانه أن كل واحد منهما أُعمل في حالة غير الحالة التي أعمل فيها الآخر، "وذلك بأن يكون دليل المسألة يقتضي المنع ابتداء ، ويكون هو الراجح ، ثم بعد الوقوع يصير الراجح مرجوحاً ؛ لمعارضة دليل آخر ، يقتضي رجحان دليل المخالف ؛ فيكون القول بأحدهما، في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر"[2] ، فتكون . حينئذ . الحالة الأولى فيما قبل الوقوع، والحالة الثانية فيما بعده ، وهما مسألتان مختلفتان.

ويبين الأستاذ عبد الله دراز[3] . رحمه الله . أن حالة ما بعد الوقوع ليست كحالة ما قبله؛ لأنه بعده تنشأ أمور جديدة تستدعي نظراً جديداً، وتجدُّ إشكالات لا تُحلّ إلا بالبناء على الأمر الواقع بالفعل، واعتباره شرعياً بالنظر لقول المخالف؛ لأنه وقع على وفق دليلٍ له في النفس اعتبار ، وإن كان ضعيفا في أصل النظر، لكن لما وقع الأمر على مقتضاه، روعيت المصلحة، وتقرر الاجتهاد في المسألة من جديد، بنظر وأدلة أخرى[4].

الحجة الثالثة : إن رعي الخلاف غيرُ مطرد في كل مسألة خلاف ، ولو كان حجّة، لعم جميع المسائل المختلف فيها ، لكنه لم يعم ، إذن فهو ليس بحجة.

وبيان ذلك: أن تخصيص رعي الخلاف ببعض مسائل الخلاف دون بعض تُحكّمٌ، أوترجيح بدون مرجح، وهو باطل.

وأجاب الإمام ابن عرفة[5] بأنه لا تحكم في كون رعي الخلاف حجة في بعض المسائل دون بعض ؛ لأن له ضابطاً يحكمه ، وميزانا يوجب تخصيصه ببعض المواضع ، ومناطاً متى تحقق ثبتت حجيته.

([1]) انظر: المعيار للونشريسي : (390/6) .

([2]) الموافقات : (109/4) .

([3]) عالم أزهري معاصر .

([4]) انظر: تقريراته على الموافقات : (109/4) .

([5]) سبق ترجمته .

هذا الضابط هو: رجحان دليل المخالف عند المجتهد على دليله هو : في لازم مدلول دليل المخالف، وثبوت الرجحان ونفيه، إنما يكون بحسب نظر المجتهد في النوازل، في ضوء القواعد الشرعية العامة، ومقاصد الشريعة[1] .

الحجة الرابعة : إن الخلاف . الذي جُعل علةً للحكم . متأخرٌ عن تقرير الحكم ، والحكم لا يجوز أن يتقدم على علّته .

وبيانه : أن الحكم يستخرج من الأدلة الشرعية ، والخلاف إنما ينشأ بعد توصل المجتهدين إلى نتائج مختلفة، نتيجةً لنظرهم في أدلة الشرع ، فكيف يكون الخلاف متقدماً على علته وهو الحكم ؟ هذا لا يجوز .

وأجاب القاضي أبو الوليد الباجي[2] . رحمه الله . بأن التعليل بالمتأخر غيرُ ممتنع قياساً على الإجماع ؛ فإن الحكم يثبت به، وإن حدث في عصرنا .

ولو سلمنا امتناع التعليل بالمتأخر ؛ فإن الحكم الناتج عن مراعاة الخلاف لم يكن متقدماً على علته ؛ لأن معنى قولنا هذا مختلف فيه، أنه يسوغ فيه الاجتهاد .

وقد كان هذا حالَه في زمان رسول الله . صلى الله عليه وسلم . ؛ فلم يتقدم على علته.

ولم يرتض الشاطبي . رحمه الله . هذا الجواب فقال : إن الإجماع ليس بعلة للحكم، بل هو أصل له، فلا يصح قياس الخلاف عليه، وقوله : "إن معنى قولنا مختلف فيه أنه يسوغ فيه الاجتهاد" هو غير الدعوى؛ لأن الدعوى هي أن الحكم الذي نقرره، إنما جاء بسبب الخلاف، وبني عليه، وليس فيما قال جواباً على المدعى[3] .

وعلق الأستاذ محمد زقلام على هذا فقال: "والذي أراه في الجواب أن الخلاف نفسه ليس علة للحكم، وإنما علتُه دليلُ المخالفِ الذي ترجح عند المجتهد في هذه الجزئية المراعى فيها الخلاف، وحينئذ لا يلزم المحظور الذي ذكروه ، وهو تقدم المعلول على علته"[4] .

([1]) انظر: (شرح حدود ابن عرفة ص : 266 ، ومنار أصول الفتوى ، ص : 303 ، والمعيار المعرب : (378/6) ، والجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة لحسن بن محمد المشاط ، والأصول لزقلام، ص: 399) .

([2]) سبق ترجمته .

([3]) انظر: الموافقات مع تقريرات دراز : (111/4)، والأصول لزقلام، ص: 400) .

([4]) الأصول التي اشتهر انفراد إمام دار الهجرة بها ، ص : 400 .

الرأي الراجح :

بعد عرض أدلة الفريقين، يبدو أن القول باعتبار مراعاة الخلاف أولى من القول بعدمه، وذلك لقوة أدلة أصحاب الرأي الأول، وسلامة أغلبها من الاعتراض ، في حين أن أدلة أصحاب الرأي الثاني لم تسلم من المعارضة والنقد.

وهو ما ذهب إليه جماعة من المحققين كابن عبد السلام[1] ، وابن عرفة، والقباب، والشاطبي . رحمهم الله .[2] .

يقول ابن عبد السلام . رحمه الله :

"والذي تدل عليه مسائل المذهب أن الإمام . رحمه الله تعالى . إنما يراعي من الخلاف ما قوي دليله ، وإذا حقق فليس بمراعاة للخلاف البتة ؛ وإنما هو إعطاء كلٍّ من دليلي القولين حكمه مع وجود التعارض"[3].

وقد قال القباب في مراسلة له مع الشاطبي . رحمهما الله . : "اعلم أن مراعاة الخلاف من محاسن هذا المذهب .

وكم من عائب قولا صحيحا وآفته من الفهم السّقيم

وحقيقة مراعاة الخلاف هو إعطاء كل واحدٍ من الدليلين حكمه"[4] ثم بسط هذا الكلام . كما بيّناه من قبل[5] . نافياً أن يكون العمل بمراعاة الخلاف يؤدي إلى التناقض؛ لأنه لو كان الإمام يراعي الخلاف مطلقاً، لما ثبت له مذهب بوجه، ولا أصبح يراعي قول، المخالفين تارة، وتارة يعدل عنه.

كما ذكر رأي بعضهم القائل: إن مراعاة الخلاف لا تتمكن إلا على القول بالتصويب، وفنّده قائلاً بأنها تتمشّى على المذهبين معاً، ولكنها على التصويب أسهل[6].

([1]) هو محمد بن عبد السلام بن يوسف بن كثير ، أبو عبد الله، قاضي الجماعة بتونس ، إمام حافظ متفنّن ، لم يكن في بلده في وقته مثله ، من تلاميذه: الإمام أبو عبد الله بن عرفة ، ومن تآليفه: شرح مختصر ابن الحاجب الفقهي ، ولد سنة 686هـ ، وتوفي سنة 749هـ ، انظر: (الديباج ، ص 336 ، والأعلام: (77/7)) .

([2]) انظر : فتاوى عليش : (82/1) .

([3]) المعيار : (388/6) .

([4]) فتاوى عليش : (82/1) .

([5]) انظر تعريفه لمراعاة الخلاف في الفصل الأول .

([6]) انظر: المعيار المعرب : (388/6 . 389) .

وإذ نرجّح القول باعتبار مراعاة الخلاف، لا نعني به جواز مراعاة المجتهد لقول غيره، دون نظر إلى دليله . وإنما نعني اتباع المجتهد للراجح من الأدلة سواء كان الرّجحان في أصل النظر، أم كان بمقتضى تجدّده؛ لما آل إليه محلّ النظر من الأوصاف والأحوال التي تجعل العمل بمقتضى دليل المخالف سائغاً[1] .

إذن، مناط الحجيّة في مراعاة الخلاف ، هو رجحان دليل المخالف لدى المجتهد، وليس هو الخلاف نفسه؛ لأن الخلاف . في ذاته . لا يكون حجّة في الشريعة، أما الأخذ بالراجح فهو واجب إجماعاً، وثبوت الرجحان ونفيه إنما يكون بحسب نظر المجتهد في النازلة[2] .

وبناءً على ما تقدّم ، يبدو أن الخلاف بين الفريقين لفظي، إذ لا يمكن أن يقول أحدٌ بترك العمل بالدليل الراجح، ولكن غاية ما في الأمر أن وجهات النظر تختلف في المرجّحات؛ فما يراه بعض المجتهدين راجحاً، قد لا يراه غيرُه كذلك؛ لعدم اعتداده بالمرجّح، ومن ثمّ ينشأ اختلاف في تطبيق هذا الأصل على بعض جزئياته، وهو اختلاف في تحقيق المناط، وليس في أصل القاعدة.

كما يختلفون كذلك في إطلاق التسمية. فالنافون يقولون: إنه عملٌ بمقتضى الدليل، لا أثر للخلاف فيه، فلا يليق إطلاق هذه التسمية عليه. والمثبتون يقولون: إنه عملٌ بمقتضى دليل المخالف بعد أن أصبح راجحاً؛ فلا مانع من الإشارة إلى ذلك بهذا العنوان، وهو مجرد اصطلاح، ولا مشاحة في الاصطلاح ما دامت الحقائق محل اتفاق[3].

الفرع الثالث : شروط وضوابط العمل بمراعاة الخلاف:

يشترط في العمل بمراعاة الخلاف ما يلي:

1 . أن يكون فيما اختلف في حرمته أو فساده، وأما فيما اتفق عليه فلا [4].

([1]) صرّح الشاطبي بأن معنى مراعاة الخلاف هو مراعاة دليل المخالف ونسب القول به لبعض الشيوخ المغاربة كما سيأتي: راجع : فتاوى الشاطبي، ص: 119، تحقيق: محمد أبو الأجفان، تونس، ضمن سلسلة من آثار فقهاء الأندلس، الطبعة الثانية، 1406هـ . 1985م .

([2]) انظر: الموافقات : (109/4) ، وتبصرة الحكام : (72/1)، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة، الطبعة الأولى، 1406هـ . 1986م، ورسائل ابن عابدين : (10/1) ، ومنار أصول الفتوى، ص: 303))

([3]) انظر: الأصول لزقلام ، ص: 401 .

([4]) انظر: (البهجة شرح التحفة، لابن عبد السلام: (269/1)، ومنار أصولل الفتوى للاقاني، ص: 311) .

2 . أن يكون الخلاف قوياً، لا شاذا أو شديد الضعف[1] ؛ كتحريم الظاهرية للصوم في السفر في رمضان[2]، وتقرير بعضهم لمشروعية الزواج بأكثر من أربع[3]؛ تفسيراً لقوله تعالى: {فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع} [4]، وقصرِ بعضهم تحريم الربا على ما كان أضعافاً مضاعفة، دون الربا اليسير، أو تجويزهم لربا الاستهلاك دون ربا الإنتاج[5]، فلا شكّ في أن هذا النوع من الخلاف لا ينبغي مراعاته، وإذا حكم به حاكم يجب نقضه[6].

([1]) قال الونشريسي في المعيار: "مراعاة الخلاف أضعف أصول المذهب كيف كان الخلاف، فكيف شذوذ" . ويحمل قوله "أضعف أصول المذهب" على أنه مختلف فيه، أو أنه لا يقول به: (476/4 . 497) .

([2]) انظر المحلى : (243/6) .

([3]) ذهب بعضهم إلى أن الآية تبيح الزواج بتسع، وذهب آخرون إلى إباحة الزواج بثمانية عشر، وقد نسب كثيرون ومنهم ابن حزم هذا القول إلى الرافضة، ونسب القرطبي هذا القول كذلك إلى بعض أهل الظاهر، ولم يعيّنه، ونفى ابن عاشور نسبة هذا القول إلى داود الظاهري وأصحابه، ورأى أن الآية في حد ذاتها تفيد إباحة الزواج بأكثر من أربع، ولكنّ السنة قيدت المقصود من هذه الآية بالأربع. انظر: (المحلّى : (441/9)، والجامع لأحكام القرآن : (17/5)، والتحرير والتنوير: (225/4)) .

([4]) سورة النساء، الآية : 3 .

([5]) ينسب هذا القول إلى الشيخ عبد العزيز جاويش في محاضرة له بكلية دار العلوم نظمها ناديها في أبريل (نيسان) عام 1908م . انظر: مقال "من هموم المسلمين" لفتحي رضوان بجريدة الأهرام ، العدد: 32319 ، السنة 101، بتاريخ يونيو (حزيران) 1975 ، صفحة الفكر الديني ، عن تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، د. سامي حسين أحمد محمود ، ص : 233 ، دار الاتحاد العربي للطباعة والنشر ، الطبعة الأولى ، 1396هـ . 1976م.

([6]) نص العلماء كذلك على نقض حكم الحاكم إذا خالف القواعد أو النص ، أو القياس الجلي . وهي من مسائل الخلاف . وإذا خالف الإجماع اتفاقا، وهذا إذا لم تعارض بمعارض راجح ، ألا ترى أن عقد السلم أو الإجارة أو المساقاة على خلاف القواعد ، ولكن لمعارض راجح ، فلا ينقض . انظر : (والإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات الإمام، للقرافي ، ص : 129، 76 تحقيق : عبد الفتاح أبو غدة . رحمه الله . ، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب . الفرافرة ، 1387هـ . 1967م، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام : (253/1)، ومنار أصول الفتوى، ص:311).

3 . ألاّ يؤدي رعي الخلاف إلى صورة تخالف الإجماع، وذلك كمن عقد على امرأة بغير ولي ولا شهود بأقل من ربع درهم، مقلداً أبا حنفية في عدم الولي[1]، ومالكاً في عدم الشهود[2]، والشافعي في أقل من ربع درهم[3] ، فإن هذا النكاح يجب فسخه أبداً إجماعاً؛ لأن هذه الصورة . بهذا الشكل . لا يقول بها أحد من الأئمة ، فكل واحد منهم لو عُرِضت عليه لأبطلها؛ فأبو حنيفة يبطلها لعدم وجود الشهود، وعدم توفر أقل الصداق عنده،[4] ومالك يبطلها لعدم توفر أقل الصداق ، ولعدم وجود الولي[5] ، والشافعي يبطلها لعدم وجود الولي والشهود[6] »[7] .

مناقشة هذا الشرط :

ينطبق هذا الشرط على المقلد الذي يتتبع رخص المذاهب ويلفق بينها ، فاشترط في حقه

([1]) انظر : المبسوط للسرخسي : (10/5) .

([2]) الصحيح أن الإشهاد شرط صحة في الدخول لا في صحة العقد . انظر : رسالة أبي زيد القيرواني ، مع شرحها كفاية الطالب الرباني لعلي بن خلف المنوفي : (79/3) ، تحقيق أحمد حمدي إمام، مطبعة المدني ، مصر ، الطبعة الأولى، 1409هـ . 1989م .

([3]) انظر : المجموع : (322/16) .

([4]) الصحيح أنه إذا سمي المهر أقل من عشرة دراهم لا يبطل بذلك النكاح . عنده . ولكن يجب لها عشرة دراهم، وعند زفر يجب لها مهراً المثل قياساً على من لم يسم لها مهر . انظر: فتح القدير لابن الهمام : (199/3 ، 316) .

([5]) الصحيح أن الصداق هو شرط صحة في الدخول لا في العقد ، أما الولي فهو شرط صحة في العقد لا يصح العقد بدونه . انظر: الرسالة مع كفاية الطالب الرباني : (78/3) .

([6]) انظر: المجموع : (146/16 ، 175) .

([7]) انظر : الجواهر الثمينة لحسن بن محمد المشاط ، ص : 236 .

ألا يؤدي تلفيقه إلى صورة لا يقول بها أحد من الأئمة[1]. "أما المجتهد . وهو الذي يراعي الخلاف . فإنه متى قام لديه رجحان دليل مخالفه، وجب عليه الأخذ به، ولو أدى ذلك إلى تركيب حقيقة لا يقول بها مجتمعة أحد من الأئمة سواه؛ لأنه مأمور باتباع ما أداه إليه اجتهاده ، وما أداه إليه اجتهاده في مثل هذه الصورة ليس مخالفا للإجماع . كما زعموا . حتى يقال : إن شرط الاجتهاد ألاّ يخالف الإجماع [في مثل هذه الصورة] ؛ لأن هذه الصورة الملفقة إنما يقول كل إمام ببطلانها من الوجه الذي تبطل به عند غيره إذا قلّده المكلّف فيه ، وأما إن قلد فيه غيره . وكل منهم يقول بجواز تقليد غيره . فلا يحكم واحد منهم ببطلانها أصلا ؛ لأن هذه الصورة لو كانت باطلة من كل وجه عند مجتهد ، وصحيحة عند آخر ، فقلد المكلف من يقول بالصحة، لا يسع القائل ببطلانها أن يحكم عليها بذلك، بل يحكم بصحتها على رأي مخالفه الذي هو مجتهد مثله ، وإنما يحكم ببطلانها على من تمسك فيها بمذهبه .

فإن قلت: إن كل مجتهد يطلق القول بالبطلان على رأيه قلنا: نعم ، ولكن لا يجوز أن يطلق القول بالبطلان على رأي غيره ، فكما لا يمكنه أن يحكم بالبطلان بذلك الوجه لو صدرت من المجتهد المخالف نفسه ، لا يمكنه أن يحكم به أيضاً على من قلده، فذكر هذا الشرط في هذا المبحث لا محل له والله تعالى أعلم بالصواب"[2].

([1]) هذا جريا على القول الشائع بأن التلفيق باطل. وقد أجاز كثير من المحققين التلفيق بين المسائل العملية الظنية؛ لأنه من باب اليُسر، ورفع الحرج، كما لا يوجد نص بمنعه، إذا دعت الضرورة لذلك، وانبنت عليه مصلحة شرعية. ومنعوه إذا أفضى ذلك إلى تتبع الرّخص على سبيل التشهي، أو أدّى إلى نقض حكم حاكم، أو ترتّب عليه تقويض دعائم الشريعة، أو الانحلال من التكاليف، أو التلاعب، بالأحكام، كما يمنع إذا خالف مقاصد الشريعة، وقواعدها العامة: وينبني هذا الأمر على مسألة أصولية ، وهي هل إذا اختلف أهل عصر في مسألة على قولين جاز لمن بعدهم إحداث قول ثالث؟ وفيها ثلاثة أقوال، أرجحها : أنه إن لزم من القول الثالث رفع ما أجمعوا عليه لم يجز، وإلا فلا. وذكر القولين مثال، لا يراد به الحصر، فيدخل الثلاثة والأكثر في حكمه.

وإذا تقرر هذا، فأقصى ما تفضي إليه هذه المناقشة هو عدم التسليم بمخالفة الإجماع في هذه الصورة، وليس قدحاً للشرط المذكور. راجع : (التقرير والتحبير مع التحرير: (351/3 . 352)، وفواتح الرحموت على هامش المستصفى: (235/2) ، والمحصول: (1 -179/2)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير مع تقريرات عليش: (20/1)، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1417هـ . 1996م ، وفتاوى عليش : (78/1)، وعمدة التحقيق في التقليد والتلفيق سعيد الباني، ص: 92 . 110، مطبعة حكومة دمشق، 1341هـ . 1923م، وأصول الفقه، د. وهبة الزحيلي: (1156/2 . 1155)) .

([2]) تحفة الرأي السديد، لأحمد الحسيني بك، ص : 76 . 77 .

4 . أن تدعو الضرورة لذلك، وذلك لما ينشأ عن الاستمرار في مقتضى الحكم الأصلي من حرج كبير وضرر فادح ، يؤدي بالمجتهد إلى العدول عن قوله السابق، والأخذ برأي مخالفه لما اتصل به من الأحوال التي ترجح طرفه .

وقد قرر العلامة ابن عابدين . رحمه الله[1] . جواز العمل والإفتاء بالأقوال الضعيفة في مواطن الضرورة طلباً للتيسير فقال : "وما مر من عدم جواز العمل والإفتاء بالضعيف محمول على غير موضع الضرورة"[2].

5 . أن لا يترك المُراعي للخلاف مذهبه من كل الوجوه ، ومثّل له بما إذا تزوج مالكي زواجاً فاسداً على مذهبه، صحيحاً على غيره ، ثم طلق ثلاثاً، فإن ابن القاسم[3] يلزمه فيه الطلاق ، مراعاة لمن يقول بصحته ، فلا تحل له . إذن . حتى تنكح زوجاً غيره ، فلو تزوجها قبل أن تتزوج غيره ، لم يفرق بينهما عند ابن القاسم ؛ لأن التفريق بينهما حينئذ إنما هو لاعتقاد فساد نكاحهما . عند غيره . بناء على صحته أولاً ، ونكاحهما عنده صحيح، وعند المخالف فاسد، فلو روعى الخلاف في الحالين معاً، لكان تركاً للمذهب من كل الوجوه[4] ؛ مرة في القول بتصحيحه بعد الوقوع رعياً للخلاف، وثانية في القول بفسخه؛ لاعتقاد فساده عند غيره للخلاف كذلك، ومراعاةً الخلاف مرتين، تؤدي إلى ترك المذهب بالكلية ، ولا يمكن للمرء ترك مذهبه جملة ، مراعاةً لمذهب غيره[5] .

([1]) سبق ترجمته.

([2]) رسائل ابن عابدين : (50/1) .

([3]) سبق ترجمته .

([4]) لم يسلم ابن عرفة الحكم بعدم فسخ النكاح الثاني في هذا المثال وعارضه بمن طلق واحدة في نكاح مختلف فيه، على القول بلزوم طلاقه ، يلزم عليه أنه إن تزوجها بعد ذلك لم يبق له فيها من الطلاق إلا تمام الثلاث على الطلاق الذي أوقعه ، وإذا كمل الواقع منه الثلاث لزم حرمتها عليه إلا بعد زوج ، سواء اجترأ وتزوجها أو، لا ، ولو كانت جراءته على تزويجها بلا زوج في طلاقه إياها ثلاثاً في نكاحه الفاسد توجب لغو طلاقه الثلاث ، لزم ذلك في طلاقه إياها فيه طلقةٍ إذا تزوجها بعد ذلك ثم طلق طلقتين ثم تزوجها قبل زوج أن لا يفسخ نكاحه إياها قبل زوج، وذلك باطل ضرورة على القول بلزوم طلاقه فيه، وإلا صار طلاقه غير لازم ، والفرض لزومه ، وهذا خلف . انظر : (فتاوى عليش : (83/1 . 84) ، والأصول لزقلام ، ص : 407).

([5]) انظر : (فتاوى عليش : (83/1) ، والجواهر الثمينة ، ص : 237 ، والأصول لزقلام ، ص : 406) .

6 . ألاّ يوقع مراعاة الخلاف في خلاف آخر . ولذلك قال بعض الشافعية : إن فصل الوتر أفضل من وصله، ولم يراع خلاف أبي حنيفة[1] ؛ لأن من العلماء من لا يجيز الوصل[2].

غير أن هذا الشرط . كما يبدو . لا صلة له بمراعاة الخلاف ، وإنما له صلة بالخروج من الخلاف؛ لأن المعتبر في مراعاة الخلاف هو دليل المخالف، وليس خلافه في ذاته، وإن روعي احتياطاً ، خروجا من الخلاف .

7 . أن يتصدى لهذا من كان له قدم راسخة في علوم الشريعة، وبشكل أدق، من بلغ رتبة الاجتهاد.

جاء في رسالة ابن عابدين : "هل يجوز للإنسان العمل بالضعيف من الرواية في حق نفسه ؟ نعم ، إذا كان له رأي ، أما إذا كان عاميا فلم أره"[3] . ثم علل ذلك؛ بأن صاحب الرأي له من علوم الرواية والدراية ما يجيز له العمل بذلك مخالفاً مذهبه . أما العامي عليه باتباع المجتهدين فيما صححوا ، ولكن في غير موضع الضرورة. كما أشار إلى أنه ليس للمجتهد الإفتاء به ، وإنما الإفتاء بما تقرر من الأحكام في المذاهب[4].

وسئل الإمام الشاطبي نفس السؤال؛ فأجاب . رضي الله عنه . : "مراعاة الأقوال الضعيفة أو غيرها شأن المجتهدين من الفقهاء، إذ مراعاة الخلاف إنما معناها: مراعاة دليل المخالف حسبما فسره لنا

([1]) انظر: الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود وعليه تعليقات الشيخ محمود أبو دقيقة : (55/1) ، المكتبة الإسلامية ، استانبول . تركيا ، الطبعة الثانية ، 1370هـ . 1951م) ، والأشباه والنظائر للإمام السيوطي، ص:95) .

([2]) كالقاضي حسين الشافعي إذ أبطل وصل الوتر ثلاثا إذا كان بتشهدين وسلام كهيئة المغرب لما روي أنه . صلى الله عليه وسلم . قال : "لا توتروا بثلاث وتشبهوا بالمغرب" الذي رواه الحاكم وقال : حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وسكت عنه الذهبي، وقال النووي: رجاله ثقات ولا يضره من أوقفه" : (المجموع : (228/4 ، 224)، والمستدرك للحاكم مع تلخيص الذهبي : (304/1) ، مكتبة النصر الحديثة، الرياض ، بدون تاريخ) .

([3]) رسائل ابن عابدين : (50/1) .

([4]) انظر: المرجع نفسه : (50/1) .

بعض شيوخنا المغاربة. ومراعاة الدليل أو عدم مراعاته ليس إلينا . معشر المقلّدين[1] . فحسبُنا فهم أقوال العلماء، والفتوى بالمشهور منها، وليتنا ننجو . مع ذلك . رأساً برأسٍ، لا لنا ولا علينا"[2].

تلك هي جملة الشروط والضوابط التي ذكرت لاعتبار هذا الأصل ، وعمدتها : **هي ما اختلف أهل الاجتهاد في حرمته اختلافاً قوياً يصل بصاحبه إلى حد الضرورة.**

المطلب الثالث : مسائل تنبني على القول بمراعاة الخلاف

وفيما يلي ذكر لبعض المسائل التي نشأت ، بناء على القول بحجية مراعاة الخلاف:

المسألة الأولى : هل يراعى كل خلاف مطلقاً ، أم المراعى هو المشهور فقط ؟

وقد اختلف في حد المشهور على قولين : أحدهما : أنه ما قوي دليله ، والآخر ما كثر قائله . قال ابن فرحون[3] : "والصحيح أنه ما قوي دليله"[4] .

ولذلك أجاز مالك . رحمه الله . الصلاة على جلود السباع إذا ذكيت ، وأكثرهم على خلافه[5] ، وأباح بيع ما فيه حق توفية من غير الطعام قبل قبضه[6] ، وأجاز أكل الصيد وإن

([1]) وهذا تواضع منه . رحمه الله . ولا شك في أنه من أهل الاجتهاد والتحقيق والنظر.

([2]) فتاوى الشاطبي: ص: 119 .

([3]) هو القاضي برهان الدين إبراهيم بن علي المشهور بابن فرحون ، أحد كبار فقهاء المالكية ، ولد بالمدينة بعد السبعمائة بيسير ، ارتحل في سبيل العلم ، وله مؤلفات كثيرة منها : تبصرة الحكام ، ودرر الغواص في محاضرة الخواص ، والديباج المذهب ، توفي . رحمه الله . سنة 799هـ . انظر: (نيل الابتهاج بتطريز الديباج، ص: 30 ، وتوشيح الديباج، وحلية الابتهاج لبدر الدين محمد بن يحي القرافي ، ص : 45 ، تحقيق: أحمد الشُّتُوِي، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى، 1403هـ . 1983م) .

([4]) تبصرة الحكام : (71/1) .

([5]) وفاقا للحنفية وخلافا للشافعية والحنابلة . انظر : (حاشية حسني بن عمار الشرنبلالي على الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام لملا خضرو : (275/1) ، مطبعة أحمد كامل ، دار السعادة ، 1329هـ ، وبداية المجتهد : (820/1)، والمجموع : (245/1) ، والإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف على مذهب أحمد، لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي : (89/1) ، تحقيق : محمد حامد الفقي ، دار إحياء التراث ، 1400هـ . 1980م) .

([6]) خلافا للحنفية والشافعية والحنابلة . انظر : (المبسوط للسرخسي : (8/13) ، والكافي في فقه أهل المدينة المالكي، لابن عبد البر ، ص : 319 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1407هـ . 1987م ، والتذهيب في أدلة متن الغاية والتقريب، د. مصطفى البغا ، ص : 125، وشرح المبدع مع المقنع لإبراهيم بن محمد الشهير بابن مفلح : (117/4) ، المكتب الإسلامي، بدون تاريخ) .

أكلت الكلاب منه[1] ، إلى غير ذلك من المسائل ولم يراع في ذلك خلاف الجمهور ، وهذا يدل على أن المراعى عنده الدليل، لا كثرة القائل[2] .

وفصّل بعض المالكية فقال : "مراعاة الخلاف تكون في ثلاثة أشياء:

أولاً : في الحكم ولا يراعى فيه إلا المشهور.

ثانياً : وفي الإمضاء بعد الوقوع ، وهذا يراعى فيه ما دون حد المشهور في الشهرة، وأحرى المشهور.

ثالثاً : وفي درء الحدود ، وحينئذ يراعى كل خلاف ، لغرض الشارع في الشبه ، وكون حق الآدمي أقوى من حق الله تعالى على مذهب أهل السنة[3] ، ولكن يقيد الخلاف المراعى في درء الحد ، بما إذا لم يكن بعيد المأخذ، بحيث ينقض ، ولذلك قالوا بوجوب الحد على المرتهن، إذا وطئ المرهونة، ولم يراع في ذلك خلاف عطاء[4] "[5] .

المسألة الثانية:

هل يشترط في مراعاة الخلاف أن يكون بعد وقوع الحادثة فحسب ، أم يصح كذلك ابتداءً ؟

يبدو من كلام الشاطبي . الذي ذكرناه سابقاً . أن الخلاف لا يراعى إلا بعد وقوع الفعل على خلاف النهي، وعلّله بما يؤول إليه عمل المكلف بمقتضى الحكم الأصلي ؛ من المفسدة التي تزيد على مفسدة عمله برأي المخالف ، فيحكم . حينئذ . على رعي خلاف الغير بالمشروعية[6].

كما يبدو من كلام ابن عابدين . السابق . أن رعي الخلاف لا يكون إلا بعد وقوع الحادثة حينما تدعو الضرورة لذلك ، ولا ضرورة . كما يبدو . في مراعاة الخلاف ابتداء[7].

([1]) خلافا للحنفية والشافعية في إحدى القولين والحنابلة . انظر: (الدرر الحكام لملا خصرو: (273/1)، والكافي، ص: 182، والمجموع : (104/9) ، والإنصاف : (89/1)) .

([2]) انظر: (تبصرة الحكام : (72/1)، وفتاوى عليش: (83/1)، والجواهر الثمينة ، ص289) .

([3]) انظر: فتاوى عليش : (83/1) .

([4]) سبق ترجمته . ولم أقف على قوله فيما توفر لدي من المصادر الحديثة .

([5]) انظر: الأصول لزقلام ، ص 409.

([6]) انظر: الموافقات : (146/4) .

([7]) انظر: رسائل ابن عابدين : (50/1) .

ولكن وُجد بعضُ الفروع في المذهب المالكي أُعمل فيها ابتداء دليل المخالف في لازم مدلوله، "فمن ذلك : "الماء القليل الذي حلّت فيه نجاسة قليلة لم تغيره ، والماء المستعمل في الطهارة ؛ لأن بعض المالكية قالوا بسلب الطهورية عنه[1] ، لظاهر أحاديث وردت في ذلك[2] ، وقال بعض آخر من المالكية بطهوريته[3] حيث لم يتغير أحد أوصافه، مستدلين أيضاً بظواهر الأحاديث الواردة في ذلك[4] .

([1]) هؤلاء هم المصريون من أصحاب مالك . انظر : الكافي ، ص : 16 .

([2]) منها : حديث : إذا استيقظ أحدكم من نومه ليغسل يده قبل أن يدخلها في وضوئه فإن أحدكم لا يدري أين باتت يده"، وحديث "لا يبولن أحدكم في الماء الدائم الذي لا يجري ثم يغتسل فيه" اللذان أخرجهما البخاري عن أبي هريرة . رضي الله عنه .. انظر: صحيح البخاري للبُغا: كتاب الوضوء ، باب : الاستجمار وترا : (72/1) ، وباب : البول في الماء الدائم : (94/1) .

([3]) وهؤلاء هم المدنيون . انظر: الكافي ، ص : 15 .

([4]) منها: حديث البائل في المسجد الذي تقدم تخريجه من صحيح البخاري ، وحديث أبي سعيد الخدري أنه قيل لرسول الله . صلى الله عليه وسلم . أنتوضأ من بئر بضاعة ؟ وهي بئر يطرح فيها الحيض ولحم الكلاب والنتن فقال رسول الله . صلى الله عليه وسلم . : "الماء طهور لا ينجسه شيء" ، رواه الترمذي وحسنه وصححه أحمد وابن معين وابن حزم وهو صحيح بطرقه وشواهده . انظر : تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر : (13/1) نشر المكتبة الأثرية ، لاهور ، بدون تاريخ .

فتوسط فريق ثالث[1] من المالكية ، وحكم بكراهية استعمال هذا الماء ابتداء، مراعاة للخلاف"[2] ، إلا أن مثل هذه الفروع لا تقدح فيما قررناه ؛ لأن مقتضى رعي الخلاف فيها ترك استعمال الماء توقيا واحترازاً ، وذلك من باب الورع خروجاً من الخلاف ، وليس مما نحن فيه من مراعاة الخلاف في غير صورة الخروج منه .

ولذلك قال بعضهم : "يُراعى الخلاف قبل الوقوع توقيا واحترازاً [خروجا من الخلاف]، وبعده تبريا وإنفاذا [مراعاة للخلاف]" [3] .

([1]) كابن الحاجب والعقباني . انظر : شرح حدود ابن عرفة ، ص : (269/1) .

([2])الأصول لزقلام ، ص : 412 .

([3]) فتاوى عليش : (83/1) .

الفصل الثالث

أثر مراعاة الخلاف في بعض الفروع الفقهية

يحتوي على أربعة مباحث:

المبحث الأول : مراعاة الخلاف في العبادات

المبحث الثاني : مراعاة الخلاف في النكاح

المبحث الثالث : مراعاة الخلاف في المعاملات المالية

المبحث الرابع : مراعاة الخلاف في الجنايات

مدخل :

بعد أن عالجت قاعدة مراعاة الخلاف من الناحية النظرية الأصولية ؛ فحددت مفهومها ، وكشفت ما تيسر لي من أدلتها العامة والخاصة ، وبينت وجه ارتباطها ببعض المسائل والأصول الشرعية ، وأبرزت ضوابط وشروط العمل بها ، يحسن بي فى هذا الفصل أن أدرس القاعدة من الناحية التطبيقية الفقهية ، وأن أستخرج بعض النماذج التي تنطبق على القاعدة مما قال بها علماؤنا . رحمهم الله . من بطون المصنفات الفقهية ؛ في أبوابها المختلفة . ورتّبتُ ذلك حسب منهج المالكية لأبواب الفقه ؛ فابتدأت بالعبادات، ثمّ النكاح، فالمعاملات المالية، وأخيرا الجنايات .

وستجد . أخي القارئ . أن هذه النماذج ، هي أمثلة ناطقة بصحة الاحتجاج بهذه القاعدة، وكل ما أرجوه هو أن أُوفَّق في عرضها ، عرضاً يُفضي إلى المقصود ، من غير استطراد مُمِلّ ، ولا اختصار مُخلّ .

وفيما يلي تقديم هذه الدراسة :

المبحث الأول
مراعاة الخلاف في العبادات

(1) من المسائل التي بنيت على مراعاة الخلاف فى مذهب مالك . رحمه الله . "الماء اليسير[1] إذا دخلت فيه النجاسة اليسيرة ، ولم تغير أحد أوصافه ، أنه لا يتوضأ به[2]، بل يتيمم ويتركه ، فإن توضأ به وصلّى أعاد ما دام في الوقت ، ولم يُعد بعد الوقت . وإنما قال : "يعيد في الوقت" ، ولم يُعد بعده ، مراعاةً لقول من يقول : إنه طاهر مطهر ، ويرى جواز الوضوء به ابتداء[3] ، وكان قياس هذه القول ، أن يُعيد أبداً ، إذا لم يتوضأ إلا بماء يصحّ له تركه والانتقال عنه إلى التيمم"[4] .

(2) "كان الإمام أحمد بن حنبل . رحمه الله . يرى الوضوء من الرُّعاف والحجامة[5]، فقيل له : فإن كان الإمام قد خرج منه الدم ، ولم يتوضأ ، هل تصلّي خلفه ؟ فقال : كيف لا أصلّي خلف الإمام مالك[6] وسعيد بن المسيّب[7]"[8].

([1]) حد الماء اليسير عند المالكية ما كان قدر آنية الوضوء أو الغسل فما دونها، ولا حد لأكثره، انظر : حاشية شمس الدين محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير : (73/1) .

([2]) وهو مذهب المصريين من أصحاب مالك ، غير أنهم لم يحدوا فى ذلك حداً يفرق بين قليل الماء وكثيره ولم يوجبوا الإعادة إلا "في الوقت" فدل ذلك أيضاً على أن ذلك استحباباً منهم. انظر : الكافي لابن عبد البر ، ص: 16 .

([3]) وهو مذهب المدنيين منهم . انظر : الكافي ، ص: 15 .

([4]) الاعتصام : (145/2)، وانظر الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي (74/1) .

([5]) قاعدة المذهب عند الحنابلة أن الدّم إذا كان فاحشاً ينقض . انظر : الروض المربع شرح زاد المستقنع ، للبهوتي ، ص : 38 ، تحقيق : محمد عبد الرحمن عوض ، دار الكتاب العربي ، الطبعة الأولى ، 1405هـ . 1985م .

([6]) مذهب مالك لا يرى أن الرعاف أو الحجامة من نوا قض الوضوء . انظر : المدونة الكبرى : (126/1)، دار الكتب العلمية ، بيرت، الطبعة الأولى 1415هـ . 1994م .

([7]) سبق ترجمته . ومذهبه يوافق مذهب مالك .

([8]) الإنصاف للدهلوي ، ص: 65 .

و"صلّى الرشيد[1] إماماً وقد احتجم ؛ فصلّى أبو يوسف[2]خلفه ولم يعد[3] ، وكان أفتاه مالك بأنه لا وضوء عليه"[4] . فمقتضى القياس . في هذه المسألة . بطلان الصلاة في الحادثتين ؛ عند الإمامين أحمد وأبي يوسف . رحمهما الله . لوجود النّاقض ، ولكن صحّحت مراعاة لقول من لا يرى أن ذلك من النواقض[5] .

(3) "وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه صلّى بالناس يوم الجمعة ثمّ أُخبر بوجود فأرة في بير الحمام، وقد اغتسل الناس فيه ، بعد ما صلّوا وتفرقوا قال : نأخذ بقول إخواننا أهل المدينة"[6][7]. ومقتضى القياس في مذهبه أن يتنجس البئر[8] ، وأن يبطل ما ترتّب عليه من الغسل والصلاة ، لكنه حكم بصحة ذلك ، مراعاةً لقول مخالفه.

([1]) هو الخليفة العباسي الصالح هارون بن محمد المهدي بن المنصور عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس رضي الله عنه . ، استُخلف بعهد من أبيه عند موت أخيه الهادي سنة 170هـ . مات الرشيد سنة 193 وله خمس وأربعون سنة . انظر : تاريخ الخلفاء للسيوطي ، ص: 329، دار الفكر العربي، القاهرة ، بدون تاريخ ، وتاريخ- -الطبري : (110/10)، المطبعة الحسينية المصرية، الطبعة الأولى، بدون تاريخ، ومروج المذهب ومعادن الجوهر ، لأبي الحسن علي بن الحسين، المسعودي : (344/3) ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا . بيروت ، 1407هـ 1987م) .

([2]) هو يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي صاحب أبي حنيفة قاضي القضاة(113- 182هـ). راجع: سير أعلام النبلاء (535/8).

([3]) رغم أن قاعدة المذهب الحنفي أن الدّم إذا سال من مخرجه فتجاوزه إلى موضع يلحقه حكم التطهير نقض الوضوء، انظر : فتاوى النوازل لأبي الليث السمرقندي ، ص25.

([4]) الإنصاف للدهلوي ، ص : 64 . 65 .

([5]) هم المالكية والشافعية ، انظر : (القوانين الفقهية ، ص: 22 ، والمهذّب في فقه الإمام الشافعي لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي : (41/1)، مطبعة البابي الحلبي ، مصر ، الطبعة الثالثة ، 1396هـ . 1976م).

([6]) يقصد بذلك المالكية إذ يعتبرون أن البئر بمنزلة النهر الجاري لا يفسد ماءه بوقوع النجاسة فيه ما لم يتغير أحد أوصافه. انظر: الكافي، ص15.

([7]) فتاوى النوازل لأبي الليث السمرقندي، ص: 25، انظر : رسائل ابن عابدين : (31/1).

([8]) ويطهر بنزح عشرين دلواً إذا لم تنتفخ وإن انتفخت أو تفسخت نزح جميع ما فيها لأن أجزاء الميتة شاعت في الماء. انظر (الفقه النافع لأبي القاسم السمرقندي ، ص: 8، ومراقي الفلاح شرح نور الإيضاح للشرنبلالي ، ص: 8، نشر مكتبة إمدادية ، ملتان ، بدون تاريخ).

(4) جاء في العُتبيّة[1] : "من صلّى ببول فأرة أصابه، فإنه يعيد في الوقت، وقال سحنون:[2] لا إعادة عليه"[3] .

وذكر ابن رشد . رحمه الله . "أن الفأرة من ذي الناب من السباع ، وقد "نهى رسول الله . صلى الله عليه وسلم . عن كل ذي ناب من السباع"[4] ، والأبوال تابعة للحوم ، فوجب أن يكون بولها نجساً ؛ إذ لا يؤكل لحمها ، وأن يعيد في الوقت من صلّى ببولها . قال ابن رشد: "وقول سحنون استحسان ، مراعاة لقول عائشة . رضي الله عنها . في إجازة أكلها لظاهر قوله تعالى : {قل لا أجدُ فيما أوحي إليّ محرّماً على طاعم يطعمه[5]}" [6] .

(5) روى سحنون عن مالك . رضي الله عنهما . أنه قال فيمن دخل مع الإمام في صلاته فنسي تكبيرة الافتتاح : إن كان كبّر للركوع ينوي بذلك تكبيرة الافتتاح أجزأته صلاته ، وإن لم ينو بتكبيرة الركوع تكبيرة الافتتاح فليمض في صلاته ولا يقطعها ، فإذا فرغ من صلاته مع الإمام أعادها .

وقال مالك . فيما بلغه أنه قال . : "إنما أمرت من خلف الإمام بما أمرته به لأني سمعت أن سعيد بن المسيب قال : يجزئ الرجلَ مع الإمام إذا نسي تكبيرةَ الافتتاح تكبيرةُ الركوع . قال : وكنت أرى ربيعة بن أبي عبد الرحمن يعيد الصلاة مراراً فأقول له : مَالَكَ يا أبا عثمان؟ فيقول: إني نسيت تكبيرة الافتتاح، فأنا أحبّ له في قول سعيد أن يمضي؛ لأني أرجو أن يُجزئ عنه،

([1]) هي المستخرجة من الأسمعة ، وسميّت بذلك نسبة لمؤلفها محمد العتبي القرطبي المالكي.

([2]) سبق ترجمته .

([3]) البيان والتحصيل لابن رشد (الجد) : (528/1) .

([4]) صحيح البخاري ، كتاب : الذبائح والصيد ، باب : أكل كل ذي ناب من السباع : (2103/5) .

([5]) سورة الأنعام : الآية 145.

([6]) البيان والتحصيل : (528/1) .

وأحبّ له في قول ربيعة أن يعيد احتياطاً، وهذا في الذي مع الإمام[1]"[2]. وذكر القاضي عبد الوهاب[3] استحباب ذلك، وإن اختار المأموم أن يقطع ويبتدأ، فله ذلك[4] .

"والقياس . كما ذكر ابن عبد البر . أن يبتدئ الإحرام؛ فيصلّى ما أدرك ، ويقضي ما فات"[5].

(6) ورد عند المالكية أنّ "من قام إلى ثالثة في النافلة وعقدها ، يضيف إليها رابعة ، مراعاة لقول من يجيز التنفّل بأربع[6]"[7] .

ومقتضى كلام المالكية المنع من صلاة النافلة إذا لم تكن ثنائية[8] ، فلما تجاوز المكلف هذا الحد بعقد ركعة كاملة ، وأصبحت الصلاة فردية ، . أي ثلاث ركعات فيما يبدو . أضيف إليها رابعة ، حتى تكون على هيئة شفعية ، وذلك مراعاة لقول الحنفية.

([1]) وكلام مالك هنا يتعلق بالمأموم ؛ لأنه عَقَدَ صلاته بصلاة إمامه ، وأما الإمام والفذ فلا . جاء في الرسالة : "وهو [أي تكبير الافتتاح] فرض في حق الإمام والفذ اتفاقا، وفي حق المأموم على المشهور" وذكر العدوي في حاشيته على كفاية الطالب الرباني أنه روي عن مالك أن الإمام يحمل تكبيرة الإحرام عن المأموم. والمعتبر في كلامنا . كما قال القاضي عبد الوهاب . هو تكبير الركوع وليس الركوع في ذاته ، لأنه لا أحد يقول : إن الصلاة تنعقد بغير تكبيرة. وقرر ابن عرفة أن إحرام الصلاة هو"ابتداؤها مقارنا لنيتها" ، وعلق الرصاع على كلامه فقال : إن المختلف فيه إنما هو تكبيرة الإحرام ، أما الإحرام فليس فيه خلاف . انظر: (المعونة: 238/1 . 239) ، وكفاية الطالب الرباني مع حاشية العدوي : (487/1) ، وشرح حدود ابن عرفة: (122/1 . 123)) .

([2]) انظر : المدونة الكبرى : (161/1 . 162) .

([3]) سبق ترجمته .

([4]) انظر المعونة : (238/1) .

([5]) وقد ذكر ابن عبد البر فيه إعادة الصلاة إيجاباً واحتياطاً وهو مخالف لرواية المدونة التي قررت أن ذلك يكون احتياطاً . وإذا اختلف في نقل مسألة وخصوصاً عن الإمام فالمعقول الاعتماد على المصادر القديمة وهل ثمة أقدم من المدونة . وفي هذا المعنى ذكر الشاطبي أفضلية الاعتماد على كتب المتقدمين دون المتأخرين احتياطاً في الدين وحذّر من أن يتساهل في النقل من أي مصدر كان . انظر: (الكافي ، ص : 40 ، والموافقات : (68/1) ، وفتاوى الشاطبي، ص:120) .

([6]) وهم الحنفية انظر : (الفقه النافع ، ص: 36. ومتن القدوري، ص: 49 نشر مكتبة سيفيه ، منجورة ، 1405هـ . 1984م) .

([7]) الموافقات : (108/4 . 109) .

([8]) يبدو أن المنع هنا هو منع تنزيه لا تحريم بمعنى الكراهة ، والله أعلم . انظر : (المدونة الكبرى : (189/1) ، والمعونة : (190/1)) .

(7) لا تقبل شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان مطلقاً عند المالكية[1] ، خلافاً لغيرهم[2] ؛ لقوله . صلى الله عليه سلم . : "صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فإن أغمي عليكم فعدوا ثلاثين ، فإن شهد ذوا عدل ، فصوموا وأفطروا وانسكوا"[3] ؛ فقالوا: يثبت رمضان بكمال شعبان، أو برؤية عدلين، ولو بصحوٍ بمصر، فإن ثبت برؤيتهما، ولم يُرَ بعد ثلاثين صحواً ، كُذِّبا في شهادتهما فيما مضى ، وفيما يستقبل، وصيم الحادي والثلاثون ، غير أن "النية أول الشهر[4] مع التكذيب صحيحة للعذر، ولخلاف الأئمة ؛ لأن الشافعي . رضي الله عنه . يقول : لا يكذب العدلان ، ويعمل في الفطر على رؤيتهما أولاً[5]"[6] . والقياس . كما يبدو . بطلانها؛ لأنها لم تصادف محلاً .

([1]) انظر: (المدونة: 267/1)، والمعونة : (455/1)) .

([2]) قال الشافعي في الأرجح من رواية المزني : يصام بشهادة عدل على الرؤية ، ولا يفطر بأقل من شهادة عدلين احتياطاً، ولأن الأصل بقاء رمضان . وبمثله قال أحمد معتبراً ذلك من باب الخبر دون الشهادة . وقال أبو حنيفة : إذا غُميت السماء قبل شهادة الواحد ، وإن كانت صحواً بمصر كبير ، لم تقبل إلا شهادة الجمّ الغفير . انظر : (، تحفة الفقهاء : (345/2 . 346)، مغني المحتاج : (420/1 . 421) ، والروض المُربع بشرح زاد المستقنع للبهوتي، ص: 188، 189، تحقيق محمد عبد الرحمن عوض، دار الكتاب العربي ، الطبعة الأولى، 1405هـ . 1985م).

([3]) سنن الدارقطني : (168/2) ، وأصله في صحيح البخاري ، انظر: فتح الباري ، كتاب : الصوم، باب قول النبي (صلى الله عليه وسلم) : إذا رأيتم الهلال .... : (261/8) .

([4]) يرى مالك وأحمد في رواية عنه أنه يُجزئ صومَ جميع رمضان نيةٌ واحدة تكون في أوله ، وكذا كل صيام متتابع كالكفارات، ما لم يقطعه بسفر أو مرض أو نحوهما ، فليزم حينئذ استئناف النية . ومع ذلك يندب عند المالكية تجديد النية كل يوم خروجاً من الخلاف . وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في الراجح عندهم إلى وجوب تجديد النية كل يوم. انظر: (البدائع : (85/2)، والقوانين الفقهية ، ص: 80، والمعونة : (458/1)، والمجموع : (302/6) ، والجمل على شرح المنهج : (311/2) ، والمغني : (25/3)) .

([5]) انظر : مغني المحتاج : (422/1) .

([6]) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (130/2) .

المبحث الثاني
مراعاة الخلاف في النكاح

(1) النكاح بغير ولي :

الوليّ[1] شرط في صحة عقد النكاح عند جمهور الفقهاء، خلافا لأبي حنيفة[2] ؛ لقوله . صلى الله عليه وسلم : "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" [3]، فإن زوّجت المرأةُ نفسها أو غيرها ، فالنكاح فاسد ويجب فسخه مطلقاً[4] ، ورأى بعضهم أنه موقوف على إجازة الوليّ ، فإن أجازه أو أذن به ، جاز ، وإلا فلا[5] .

ومقتضى القياس أن يفسخ هذا النكاح أبداً ، بغير طلاق، ولا توارث إذا مات أحدهما قبل الفسخ ، غير أن مالكاً قال في إحدى الروايتين عن ابن القاسم[6] . رحمهما الله . : يجب فسخ هذا النكاح بطلاق ، ويلزم فيه الطلاق إذا وقع ، ويثبت فيه الميراث ، وذلك لأن وجه تحريم هذا النكاح لم يكن عنده بالأمر البَيِّن ؛ لورود الخلاف في ذلك[7] .

قال ابن القاسم : وأصل هذا أن كل نكاح اختلف في حرمته ، يلزم فيه الطلاق ، وكل نكاح اتفق على حرمته ، يفسخ بغير طلاق، ولا يلزم فيه طلاق إذا وقع.

([1]) "الولي من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام" : شرح حدود ابن عرفة : (241/1) .

([2]) انظر (المبسوط : (10/5)، والفقه النافع ، ص: 102) ، وهو قول أبي يوسف الأول، ويرى في الثاني أن لا ينعقد إلا بوليّ، وعند محمد ينعقد موقوفاً .

([3]) أخرجه أبو داود في معالم السنن من كتاب : النكاح ، باب: الولي : (168/3)، والدارقطني في سننه من عدة طرق من كتاب : النكاح، رقم : (24،23،22،21): (225/2 . 227)، والبيهقي في الكبرى من عدة طرق من كتاب : النكاح، باب : لا نكاح إلا بشاهدين عدلتين : (125/7)، قال ابن حجر في بلوغ المرام : رواه أحمد والأربعة وصححه ابن المديني والترمذي وابن حبّان وأعلّ بالإرسال ص: 291 .

([4]) انظر: (المدونة : (119/2)، وكفاية الطالب الرباني : (78/3)، والمجموع : (146/16)، والمجموع : (28/7)) .

([5]) وهو قول ابن القاسم وأبو ثور . انظر: (المدونة : (120/2)، والمجموع : (146/16))) .

([6]) والرواية الأخرى هي عن عبد الله بن نافع رحمه الله ، انظر : كفاية الطالب الرباني : (78/3) .

([7]) انظر : المدونة الكبرى : (120/2) .

حيث استدل على ذلك بما لو وقع ذلك إلى قاض يجيزه فقضى به، وأنفذه حين أجازه الولي، ثمّ أتى قاض . آخر . ممن لا يُجيزه ؛ فَحَكم بفسخه ، كان مخطئاً في قضائه ، فكذلك يلزمه الطلاق فيه[1] .

ومعنى كلام ابن القاسم: أن ما يلزم فيه عدم رفع حكم الحاكم ، يلزم فيه الطلاق كذلك، بجامع رعي الخلاف في كليهما.

وهو ما قرره النووي حيث قال : لا يصحّ النكاح إلا بولي؛ فإن عقد النكاح بغير ولي ، وحكم به الحاكم ، ففيه الوجهان ، أحدهما[2] : "لا ينقض ، وهو الصحيح ؛ لأنه مختلف فيه"[3] ، ومثله نُقل عن الحنابلة[4] .

وقال الشاطبي . رحمه الله . اعتماداً على حديث "أيما امرأة نُكحت بغير إذن وليها"، وحديث "لا تزوج المرأة المرأة"[5] : فقد حكم النبي . صلى الله عليه وسلم . ببطلان العقد، وأكده بالتكرار ثلاثاً ، وسماه زنا، وأقل مقتضياته عدم اعتبار هذا العقد جملةً، لكنه . صلى الله عليه وسلم . عقبه بما اقتضى اعتباره بعد الوقوع بقوله : "فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها" ، ومهر البغي حرام، فدلّ على أن هذا تصحيح للمنهي عنه من وجه؛ ولذلك يقع فيه الميراث ، ويثبت فيه النسب للولد ، "وإجراؤهم النكاح الفاسد مجرى الصحيح في هذه الأحكام، وفي حرمة المصاهرة وغير ذلك دليل على صحته على الجملة ، وإلا كان في حكم الزنى ، وليس في حكمه . فالنكاح المختلف فيه ، قد يراعى فيه الخلاف ، فلا تقع فيه الفرقة إذا عثر عليه بعد الدخول[6]، مراعاة لما يقترن بالدخول من الأمور التى ترجح جانب التصحيح"[7] .

([1]) انظر : المدونة : (120/2 . 121) .

([2]) ثانيهما : لأبي سعيد الإصطخري رحمه الله . انظر: المجموع: (146/16) .

([3]) المجموع: (146/16).

([4]) انظر : المبدع : (30/7).

([5]) سبق تخريجهما في مبحث حجية مراعاة الخلاف من أدلة القائلين بها.

([6]) كما في الأنكحة الفاسدة لعدم الصدق التي سيأتي بسطها . والتي يفسح فيها العقد قبل الدخول ويثبت بعده بناء على الخلاف في الصداق داخل المذهب وخارجه. انظر: تقريرات الشيخ عبد الله دراز . رحمه الله . على الموافقات: (148/4).

([7]) انظر: (الموافقات : (148/4)، والاعتصام: (148/2 . 149)).

(2) نكاح التفويض[1] :

جاء في كفاية الطالب الرباني : "ولا يجوز نكاح بغير صداق إذا شرطاً إسقاطه[2] ، فإذا وقع ، فالمشهور أنه يُفسخ قبل الدخول ، وليس لها شيء[3] ، وفي فسخه بطلاق قولان. ويثبت بعده بصداق المثل[4] ، ويلحق به الولد ، ويسقط الحد؛ لوجود الخلاف"[5] .

ومقتضى القياس أن يفسخ العقد مطلقاً ؛ سواء أَدُخِل بالمرأة أم لا، غير أنه قيل بتصحيحه بعد الدخول[6]، مراعاة للخلاف في ذلك[7] .

(3) الصداق بمنافع الحر :

ويقصد به أن يجعل غير الأعيان مهراً؛ كتعليم، وإجارة ، أو خدمة ، ونحو ذلك .

فقد اختلف المالكية في حكم الصداق بمنافع الغير إلى ثلاثة أقوال : "قول بالجواز[8]،

([1]) التفويض : في اللغة التسليم ، ويراد به هنا إهمال الزوجة حكم المهر وتسليم أمره إلى زوجها . وعرفه ابن عرفة بقوله : "ما عقد دون تسمية مهر ولا إسقاطه ولا صرفه لحكم" : (وحدود ابن عرفة مع شرحه للرصاع : (256/1) ، وانظر : المصباح المنير ، ص : 266) .

([2]) وهو موافق لما في المدونة : (164/2) .

([3]) ما في المدونة أنه "إن طلقها قبل أن يتراضيا على صداق، فلها المتعة ، وإن مات قبل أن يتراضيا على صداق، فلا متعة لها ولا صداق ، ولها الميراث" : (164/2) .

([4]) (كذا في المدونة، ويراد به صداق مثلها في المال والجمال والمنصب والحال دون نظر إلى قراباتها، انظر: المدونة: (164/2)، الكافي ، ص250) .

([5]) : (106/3 . 107) .

([6]) وقد وافق في ذلك الحنفية والحنابلة إذ قالوا : إن الشرط باطل والنكاح صحيح، ويجب إعطاء المرأة مهر مثلها بمقتضى العقد. غير أن الفارق بينهم وبين المالكية هو أن المالكية يعتبرون المهر من أركان عقد النكاح ، وأما الآخرون فيعتبرونه شرطا من الشروط ، انظر: (المبسوط : (62/5)، والمقنع لابن قدامة مع شرحه المبدع : (89/7)) .

([7]) يرى الشافعية جواز العقد بلا مهر، لأن القصد في النكاح الوصلة والاستمتاع، دون الصداق، فصحّ . ومع ذلك يقولون باستحباب جعل الصداق في النكاح خروجاً من الخلاف، راجع: (المهذب: (71/2)، والمجموع: (322/16)).

([8]) وهو لأصبغ وسحنون ، وبه قال الشافعي إذا كان لمدة معلومة ، وكانت المدة متصلة بالعقد، وكذلك قال الحنابلة إذا كانت المدة معلومة ، وأدلة هذا الفريق هو قوله . صلى الله عليه وسلم . للصحابي الذي كان لا يملك شيئاً : "زوجتكها بما معك من القرآن" الذي رواه مالك في الموطأ من كتاب : النكاح ، باب : ما جاء في الصداق : (61/2)، كما قالوا: كل ما جاز أن يكون ثمنا ، جاز أن يكون صداقا ؛ من عين أو دين، معجّل أو مؤجل، ومنفعة معلومة. انظر: (بداية المجتهد: (37/2)، والمجموع: (330/16)، والمقنع مع المبدع: (133/7)).

وقـول بـالمنع[1]، وقـول بالكراهـة[2] ، والمـشهور عـن مالـك الكراهـة؛ ولـذلك رأى فـسخه قبـل الدخول[3]"[4]، وما ذلك إلا مراعاة للخلاف.

(4) نكاح المُحرم :

لا يجوز نكـاح المُحرم بحـج أو عمرة عند المالكيـة ، لا لنفسه، ولا أن يعقده لغيره[5]، لما صح أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: "لا يَنكح المُحرم ولا يُنكِح ولا يَخْطُب"[6] ، "فإن وقع نكاحه، أو إنكاحه ، فسخ أبداً قبل الدخول، وبعده، بطلاق على المشهور، ولا يتأبد التحريم. وإذا فُسخ قبل الدخول فلا شيء لها، وإن فُسِخ بعده ، فلها الصداق[7]؛ لأن كل مدخول بها لها الصداق ، ومُنتهى الفَسخ في الحج الإفاضة ، وفي العمرة السعي"[8] .

([1]) قال الدرير: "القول بالمنع : قول مالك ، وهو المعتمد" ، وبه قال ابن عبد البر ، وقال أبو حنيفة بذلك في حق الحر، دون العبد، ودليلهم أن معنى الحديث ـ السابق ـ هو خاص في حق ذلك الصحابي ، دون سواه ، والأصل في الصداق أن يكون مالاً، ومنافع الحر ليست بمال، فوجب أن لا ينعقد عليها النكاح؛ كما لو تزوجها على خمر أو خنزير.
وحجة أبي حنيفة: أن العقد اقتضى أن تكون الزوجة خادمة لا مخدومة. ولها بالعقد مهر المثل، وهذا بالنسبة للحرّ، وأما العبد فله أن يتزوج بحرّة على خدمتها سنة ـ مثلا ـ إذا كان بإذن مولاه، لأن في خدمتها خدمة لمولاه . انظر: (الفقه النافع، ص: 108) ، ورؤوس المسائل الخلافية بين الحنفية والشافعية لأبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري، ص:400، تحقيق: عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، ط1، 1407هـ ـ 1987م ، والشرح الكبير مع الدسوقي : (155/3) ، والمنتقى للباجي : (277/3) ، نشر دار الكتب العربي، بيروت، وطبع مطبعة السعادة بمصر، ط1، 1332هـ) .

([2]) نسبه صاحب الشرح الكبير لابن القاسم ، انظر : (155/3) .

([3]) ذكر اللخمي أنه يفسخ قبل الدخول ، ولا شيء عليها، ويثبت بعده بصداق المثل ، ويرجع الزوج عليها بقيمة عمله . وقضى ابن الحاجب بصحته قبل البناء وبعده للاختلاف في ذلك وعقبه الدردير بقوله : وهو المشهور ـ ومراعاة الخلاف مفرّعة على قول مالك ، بالمنع ، فإن وقع أمضاه ، انظر: الشرح الكبير: (155/3) .

([4]) بداية المجتهد : (37/2) .

([5]) وبه قال الشافعية والحنابلة ـ انظر : (الأم : (78/5)، والمقنع مع شرحه المُبدع : (70/7)).

([6]) صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب : النكاح، باب : تحريم نكاح المحرم: (193/9) .

([7]) أي المسمى وإلا صداق المثل.

([8]) كفاية الطالب الرباني على رسالة أبي زيد القيرواني : (156/3 ـ 157) .

ووجه كونه يُفسخ بطلاق ، إنما للاختلاف في ذلك[1]، وعليه ، إن نكحها بعدُ ، كانت عنده على تطليقتين[2] .

(5) نكاح المُحَلِّل :

وصورة هذا النكاح أن يعقد أحدٌ زواجَه على امرأة طلقها غيرُه ثلاثاً ؛ ليُحلّها لزوجها ؛ بأن يصيبها ثم يطلقها ، فيصحّ لزوجها الأول . حينئذٍ . العقد عليها من جديد ، عملاً بظاهر الآية الكريمة : {فإن طلقها فلا تحل له من بعدُ حتى تنكح زوجاً غيره} [3] .

وقد اختلفت المذاهب الإسلامية الأربعة في تقرير حكم هذا النكاح إلى فريقين :

الفريق الأول : يمثّله المالكية والحنابلة . في ظاهر المذهب . الذين قالوا ببطلان هذا العقد، وبوجوب فسخه؛ لورود النهي فيه عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أنه قال : "لعن الله المُحَلِّل والمُحَلَّل له"[4] . والمعتبر في نكاح التحليل، هو قصد الناكح، دون المطلقة[5] .

الفريق الثاني : يمثله الحنفية والشافعية. أما الحنفية فقد رأوا صحة نكاح التحليل، إذا صرّح به في صلب العقد، مع الكراهة. أما لو نُوي، ولم يُشترط ذلك بالقول ، فلا كراهة في ذلك، بل يكون الرجل مأجوراً بذلك لقصده الإصلاح؛ وعللوا ذلك بأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة[6].

([1]) قال الحنفية بصحة هذا النكاح ، وحملوا النهي على أنه متعلق بالوطء دون العقد ، جرياً على مذهبهم في أن النكاح لغة حقيقة في العقد ، مجاز في الوطء خلافاً للجمهور. انظر: المبسوط للسرخسي : (191/4) .

([2]) انظر : الكافي لابن عبد البر، ص: 239 .

([3]) سورة البقرة : الآية : 230.

([4]) معالم السنن ، كتاب : النكاح، باب : في التحليل : (165/3)، وتحفة الأحوذي، كتاب : النكاح ، باب : ما جاء في المحلل والمحلل له: (263/4) وقال الترمذي: والعمل عليه عند أهل العلم، وتتبع المناوي طرقه وقال : "قال ابن حجر: رواته ثقات، وقال الذهبي في الكبائر: صح من حديث ابن مسعود" ، ونقل أنه مروي عن أحمد والنسائي كذلك. انظر: فيض المناوي شرح الجامع الصغير لعبد الرؤوف المناوي: (271/5) ، دار المعرفة ، بيروت، بدون تاريخ.

([5]) انظر: (الكافي لابن عبد البر ص: 238، وكفاية الطالب الرباني: (154/3)، والمقنع مع المبدع: (85/7 . 86)).

([6]) وهذا حريا على مذهب الإمام وعند أبي يوسف لا ينعقد بشرط التحليل للأول، ولا تحلل له؛ لأن هذا في معنى شرط التوقيت، فيكون في معنى المتعة، فيبطل. وقال محمد : يصح النكاح، ولا تحلل للأول، لأنه ليس توقيتا للنكاح ، ولكنه استعجل بالمحظور ما هو مؤخراً شرعاً، فيعاقب بالحرمان؛ كقتل المورّث . انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي : (259/2)، مكتبة إمدادية ، ملتان، بدون تاريخ .

وأما الشافعية فقالوا : إذا شرط التحليل على الزوج الثاني في صلب العقد، فسد النكاح[1]؛ لأنه أشبه نكاح المتعة، وعلى هذا يُحمل الخبر[2]، وهذا بخلاف ما لو تواطئوا على ذلك قبل العقد، ثمّ عقدوا من غير شرط مضمرين ذلك، فلا يفسد النكاح به ؛ لأن العقد إنما يبطل بما شُرط لا بما قُصد ، لكنه يُكره ، وقاعدة المذهب عندهم : أن كل ما لو صُرّح به أبطل العقد، يكون إضماره مكروهاً[3] .

ومنشأ الخلاف: هو أن الفريق الأول ينظر إلى العقود نظرة ذاتية، تعتمد على النظر في القصد، أو الباعث[4]، بينما ينظر الفريق الثاني إلى العقود نظرة موضوعية، تتمثّل في النظر إلى موضوع العقد، في حدّ ذاته، بأركانه، وشروطه، دون النظر إلى القصد ، أو الباعث[5] . كما يرجع سبب الاختلاف ، إلى فهم مقتضى النهي في الخبر المذكور، فمن صحح العقد ، فهم منه التأثيم فقط، ومن أبطله ، فهم أن النهي اقتضى فساده[6] .

وبناء على ما سبق ، قال المالكية : "إذا عُثر على هذا النكاح، فسخ قبل البناء وبعده بطلقةٍ، ولها بالبناء صداقُ المثل، فإن تزوّجها الأول بهذا النكاح، فسخ بغير طلاق[7]، ويعاقب

([1]) ذكر الشيرازي والنووي أن في حكم نكاح التحليل إذا شرط الوجهان، لكنني اعتمدت على رواية الأم، ومن ثَمّ على ما وافقها، باعتبارها أقدم مصدر في المذهب. انظر: (الأم : (80/5)، المهذب: (60/2)، والمجموع: (249/16)).

([2]) الذي سبق ذكره .

([3]) انظر: (الأم للشافعي : (80/5) ، وحاشية إعانة الطالبين على فتح المعين من شرح قرّة العين بمهمات الدين، لأبي بكر بن السيد الدمياطي، الشهير بالسيد البكري: (25/4)، البابي الحلبي، الطبعة الثانية، 1356هـ . 1938م ، والمهذب : (60/2)، والمجموع : (250/16)) .

([4]) حتى قال الحنابلة إنه لو شرط على الزوج التحليل قبل العقد، فنوى بالعقد غير ما شرطوا، وقصد نكاح رغبة، صحّ العقد، كما لو لم يذكر ذلك الشرط. انظر: المغني: (53/10) .

([5]) مذهب الفريق الأول يقارب نظرية السبب أو مذهب الإرادة الباطنة، في الفقه اللاتيني، مراعاة للعوامل الأدبية والدينية، ومذهب الفريق الآخر يتماشى مع نظرية الإرادة الظاهرية في العقود، حفاظاً على استقرار المعاملات، كالفقه الجرماني. انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي: (185/4 ، وما بعدها)، دار الفكر ، بدون تاريخ .

([6]) انظر: المرجع نفسه : (118/7) .

([7]) يشترط المالكية أن يكون ما يحلّ المطلقة ثلاثاً لمطلقها "هو وطؤه إياها بعقدٍ صحيحٍ لازم وطئاً مُباحاً يُوجب الغسل دون إنزال : "حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع: (250/1)، ولذلك لا يعتبر نكاح الصبي أو المجبوب أو الوطء في الحيض ونحو ذلك . انظر : المدونة: (207/2 وما بعدها) .

من نكح بنكاح المحلّل ؛ من زوج، وولي، وشهود، وزوجة" [1] .

ومقتضى القياس أن يفسخ نكاح التحليل، بغير طلاق ، قبل الدخول ، وبعده، غير أنه قيل بفسخه بطلاق، مراعاة للخلاف في ذلك ، بينما حكموا على زواج الأول بناء على هذا النكاح بالفسخ بغير طلاق، ولم يراعُوا في ذلك خلافاً[2] ، وإن كان القياس . كما يبدو . اعتبارَهُ، وذلك حتى لا يؤدي مراعاة الخلاف أولاً وآخراً ، إلى ترك المذهب بالكليّة .

(6) نكاح الشّغار :

وصورته أن يُزوّج الرجل قريبته من رجل آخر ، على أن يُزوجه هذا الآخر قريبته بغير مهرٍ منهما، ويكون بضع كلّ واحدة مهر الأخرى . وسمي بنكاح الشغار؛ لخلوه من المهر في العقود[3]، "ونكاح الشغار باطل عند الشافعي، ومالك، وأحمد[4] ، [للنهي في ذلك][5]، وقال أبو حنيفة[6]: العقد صحيح، والمهر فاسد"[7] . ويرى الإمام أحمد . رحمه الله . أنه لو سمي في ذلك مهرٌ صحّ العقد[8] ؛ ويرى المالكية أنه يجوز النكاح بهذه الصورة إذا كان على وجه المكافأة ، دون

([1]) كفاية الطالب الرباني : (155/3 . 156) .

([2]) وهو رأي الحنفية والشافعية القاضي بجواز ذلك . انظر: (تبيين الحقائق للزيلعي : (259/2)، وحاشيتي قليوبي وعميرة على كنز الراعبين : (374/3) .

([3]) وهو المعنى الحقيقى لنكاح الشغار، أما إذا سمي لكل منهما مهراً فهو شغار من وجه دون وجه، فمن حيث سمي لكل منهما صداقا فليس بشغار؛ لعدم خلو العقد من المهر، ومن حيث أنه شرط تزوج إحداهما بالأخرى فهو شغار، ولذلك سمّى الشيخ خليل من المالكية النوع الذى يخلو من الصداق، بصريح نكاح الشغار، والنوع الآخر الذي يفرض فيه صداق، بوجه الشغار. انظر: (الشرح الكبير مع الدسوقي : (307/2)، والمجموع للنووي : (245/16)) .

([4]) انظر: (المدونة الكبرى : (98/2 . 100) ، والمعونة : (757/2) ، والأم : (81/5) ، والمهذب : (59/2) ، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، للمرداوي : (159/8) ، تحقيق : محمد حامد الفقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة الثانية ، 1400هـ . 1980م ، والروض المربع ، ص : 405) .

([5]) عن ابن عمر، وقد سبق تخريجه من صحيح البخاري في تعريف ابن عرفة لمراعاة الخلاف .

([6]) يجوز العقدان عند الحنفية، وعلى كل واحد منهما مهر مثلهما. انظر: (المبسوط للسرخسي: (105/5)، والفقه النافع ص: 108) .

([7]) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، لأبي عبد الله الدمشقي الشافعي، ص: 219 .

([8]) انظر: (الإنصاف للمرداوي: (160/8)، والمبدع: (84/7)) .

المشارطة[1] . وبناء على ما سبق ، يرى المالكية أنه لو وقع وجه نكاح الشغار، فُسخ قبل البناء[2] ، ولا شيء لها، ويثبت بعده بالأكثر من المسمّى وصداق المثل، أما إذا وقع صريحه، فحكمه الفسخ قبل البناء، وبعده[3] ، ولها بالبناء صداق المثل[4].

ووجه مراعاة الخلاف في هذا هو قول المالكية أن وجه نكاح الشغار يُفسخ استحباباً، وإن وقع الفسخ يكون بطلاق، وأن صريح نكاح الشغار يُفسخ أبداً، لكن فسخه يكون بطلاقٍ في رواية.

(7) نكاح السّر :

قرر المالكية أن نكاح السر هو ما أوصى فيه الزوج الشهود بكتمه عن امرأته، أو عن جماعة، إذا لم يكن الكتم خوفاً من ظالم أو نحوه.

أما إذا كان المتواصى بكمته الزوجة، أو وليها، أو هما معاً، دون إيصاء الشهود، لم يكن نكاح سر، وبالتالي، لم يبطل العقد[5].

والتواصي بالكتمان من صفة الزنا؛ ففي إباحة عقد النكاح معه ، ذريعة إلى إضاعة الأنساب؛ إذ قد يُنكر الزوج النكاح ، وتكون المرأة حاملاً؛ فلا يكون لها سبيل إلى إثباته. ؛ ولذا استحب الإعلان بالنكاح ، حفظاً للأنساب.

([1]) وذلك كأن يزوج أحدهما قريبته إلى آخر، فيكافأه ذلك الآخر فيزوجه بمثل ذلك ، من غير أن يفهم توقف نكاح إحداهما على نكاح الأخرى، انظر: الشرح الكبير مع الدسوقي : (152/3) .

([2]) ذكر ابن عبد البرّ أن ذلك يكون استحباباً، وبيّن الدردير أن الفسخ إن حدث يكون بطلاق؛ لأنه مختلف فيه . راجع: (الكافي ص: 238، والشرح الكبير مع الدسوقي : (152/3)) .

([3]) اختلف النقل عن مالك في الفسخ هل يكون بطلاق أو بغيره فروي بناء على أصوله الوجهان، غير أن ابن القاسم استحب أن يكون الفسخ فيه بطلاق . خلافاً لسحنون . للخلاف في ذلك . راجع : (المدونة : (98/2 . 99) ، والكافي لابن عبد البر، ص: 235 . 236) .

([4]) راجع : الشرح الكبير مع الدسوقي : (152/3) .

([5]) وهذا جرياً على طريقة ابن عرفة، وعلى طريقة الباجي يعتبر استكتام غير الشهود نكاح سر أيضاً. انظر: الشرح الكبير مع الدسوقي : (38/3 . 40) .

وبناء عليه ، فإن نكاح السر عند المالكية فاسد، فإن وقع فسخ قبل الدخول، وبعده . إن لم يطل . وجوباً[1] ، ويكون الفسخ فيه بطلاق؛ لأنه مختلف فيه[2] ، ولا حدّ فيه إن فشا[3]، ويثبت بعد الدخول إذا طال[4] ، ولها بذلك مهر المثل[5] .

([1]) إن وقع على شرط أن لا تأتيه أو يأتيها إلا نهاراً أو ليلاً أو بعض ذلك انظر: حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير: (40/3) .

([2]) فقد صححه الحنفية والشافعية والحنابلة. انظر: (المبسوط للسرخسي: (31/5) ، وفتح القدير: (200/3)، والأم: (22/5)، والمجموع: (200/16)، والروض المربع شرح زاد المستقنع، ص: 401، ومنتهى الإرادات، لمحمد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار: (168/2)، تحقيق : عبد الغني عبد الخالق، عالم الكتب ، بدون تاريخ) .

([3]) وهذه عبارة الشيخ خليل ، ومفادها كما نقل عن ابن حبيب أنه يحدّ الزوجان إذا ثبت الوطء بإقرار أو بينة عالمين بالتحريم كانا أو جاهلين إذا لم يكن أمرهما فاشيا، وإنما قيل بذلك كما قال الخرشي سداً لذريعة الفساد، إذ لا يشاء اثنان يجتمعان على فساد في خلوة إلا يفعلانه، ويدّعيان سبق العقد بغير شهادة ، فيؤدي إلى ارتفاع حد الزنا والتعزير، فإن فشا النكاح بدف أو وليمة ، أو دخان، لا يحدّان، انظر: (تبصرة الحكام لابن فرحون : (195/2)، والخرشي على مختصر خليل : (168/3) .

([4]) روي هذا عن ابن القاسم وهو المعتمد، خلافاً لابن الحاجب الذي يرى فسخه. والطول يقدر بالعرف، وهو ما يحصل به الاشتهار عادة، وقد قدره اللخمي بيومين، وابن حبيب بثلاثة. راجع : الشرح الكبير مع الدسوقي: (40/3).

([5]) القاعدة عندهم: أن ما فسد لعقده يمضى بالدخول بالمسمى ، ما لم يحدث خللا في الصداق، فإن أحدث خللا في الصداق فلها مهر المثل . وقد شرط لها هنا مهر المثل لما فيه من التأثير في الصداق، لأنه يزيد وينقص ؛ لأجل ذلك ، انظر: الشرح الكبير مع الدسوقي : (40/3 . 41) .

المبحث الثالث

مراعاة الخلاف في المعاملات المالية

مدخل : حكم البيع الفاسد . عند المالكية . إذا وقع أن يفسخ ؛ ويكون الفسخ في المختلف في فساده من الحاكم، أو من يقوم مقامه؛ فيُرد المبيع لصاحبه ما دام قائماً وجوباً، ويحرم انتفاع المشتري به حينئذ ، غير أنه لا يُلزم بردّ ما استغله مع رده للمبيع . إلا في حالة ما إذا اشترى موقوفاً على غير معين، واستغله عالماً بوقفيته فيرد غلته . ؛ لأن الضمان منه، فكان الخراج له. ويرد البائعُ الثمنَ، ولا يَرجع المشتري على البائع بالنفقة ؛ لأن من له الغلة، عليه النفقة، فإن أنفق على ما لا غلة له، رجع بها، وإن أنفق على ما له غلةٌ لا تفي بالنفقة، رجع بزائد النفقة.

فإن فات المبيع بيد المشتري ، مضى المختلف فيه ولو خارج المذهب ؛ بالثمن في رواية[1]، إلا أن يحكم حاكم بعدم الرد؛ لأن الاختلاف يقتضي شبهة للقابض، فكان الثمن المتفق عليه أولى من القيمة، ومضى المتفق على فساده إذا فات بالقيمة[2]، إن كان قيميا، وتعتبر القيمة يوم القبض، وضمن مثله إن كان مثليا ، فإن تعذر وجوده، ضمن قيمته يوم القضاء عليه بالرد.

وقال مالك في رواية عنه: "الحرام البين من الربا وغيره، يُرد إلى أهله أبداً، فات أو لم يفت، وما كان مما كرهه الناس، فإنه يُنقض إن أُدرك بعينه، فإن فات، ترك"[3].

([1]) وفي رواية أخرى لابن نافع كل البيوع الفاسدة إذا وقعت تفوت بالقيمة . انظر : المعونة : (1074/2) .

([2]) يبدو لي أن الفوات هنا متعلق بالضمان ، لأن أموال الناس معصومة ، وليس الفوات هنا دليلاً على صحة العقد بخلاف ذلك في المختلف على فساده ، فإنه تصحيح للعقد ، بعد الحكم بفساده أولاً ، مرعاةً للخلاف . إذ يبدو أن سبب فوات المتفق عليه هو الضمان، وذلك من خلال الجمع بين النص الآتي عن مالك . وإن كان ظاهر نصه يفيد عدم فوات له على الإطلاق . وبين النقول السابقة، والله تعالى أعلم.

([3]) وهو من رواية ابن وهب عن ابن القاسم . وقريباً منه قال الحنفية : الأصل أن بيع ما ليس بمال عند أحد ؛ كالحر باطل ، وما كان مالاً عند البعض ؛ كالخمر عند أهل الذمة ، ففاسد : (المدونة : (188/3) ، وانظر : تبيين الحقائق : (44/4)) .

وإن قصد المشترى ببيع ما اشتراه شراء فاسداً الإفاتة ، عُومل بنقيض مقصوده ، فلا يصح . حينئذ . ولو فات المبيع[1].

يقول القرافي : . رحمه الله . : "وقد يكون السبب غير مشروع ، ولكن يترتب عليه أثره ، إذا اتصل به ما يقرر أثره، ومن ذلك: البيع المحرم إذا اتصل به أحد أمور أربعة تقرر الملك فيه بالقيمة: وهو تغير الأسواق، أو تغير العين، أو هلاكها، أو تعلق حق الغير بها[2]، "وحجة شبهة الملك مراعاة الخلاف[3]". [4]

وبناء عليه، يلاحظ أن للمالكية في المسألة حكمين؛ حكمٌ بفساد العقد بمقتضى الأصل، وبوجوب فسخه على النحو المذكور، وحكمٌ بتصحيح العقد، وثبوت الملك في حالة الفوات.

ولكن هل هذه القاعدة مطردة . عندهم . في جميع البيوعات الفاسدة ؟ أم لها تعلق بنوع خاص منها ؟ ذكر ابن جزي[5] . رحمه الله . أن : "في المذهب تفصيل ، وذلك أن البيوع الفاسدة على ثلاثة أقسام:

الأول : ما يُمنع لتعلقه بمحظور، خارج عن باب البيوع ؛ كالبيع والشراء في موضع مغصوب ، فهذا لا يفسخ ، فات أو لم يفت.

الثاني: ما نهي عنه، ولم يخل فيه بشرط مشترط في صحة البيوع؛ كالبيع وقت الجمعة، وبيع حاضر لباد، والتلقي، فاختلف هل يفسخ أم لا، وقيل: يفسخ إن كانت السلعة قائمة[6].

([1]) انظر : (المدونة : (185/3 ، وما بعدها) ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير : (115/4 . 122) ، والمعونة : (1074/2 . 1075) ، وبداية المجتهد : (336/2)) .

([2]) زاد القاضي عبد الوهاب خامساً وهو : العتق . انظر : المعونة : (1074/2) .

([3]) يقصد به خلاف أبي حنيفة القاضي بإفادة البيع الفاسد للملك إذا اتصل به القبض ، إلا في مسائل : كبيع الهازل ، وبيع الأب من ماله لابنه ، أو شراؤه له ، وقبض المشتري المبيع أمانة . وتثبت أحكام الملك كلها . في غير هذه الصورة . إلا في مسائل ؛ لا يحل له أكله ولا لبسه ، ولا وطؤها لو كانت جارية ولو وطئها ضمن عقرها، ولا شفعة لجاره لو كانت عقاراً . كذا في الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص : 244 .

([4]) انظر: شرح تنقيح الفصول ، ص : 139 .

([5]) هو محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي ، أبو القاسم ، الإمام الحافظ العمدة المتفنن ، من ذوي الوجاهة والنباهة ، من آثاره : وسيلة المسلم في تهذيب صحيح مسلم ، وتقريب الوصول إلى علم الأصول ، توفي . رحمه الله . شهيداً في واقعة طريف يوم الكائنة سنة 741هـ ، وكان مولده سنة 693هـ . انظر : (نفح الطيب : (514/5) ، والديباج المذهب ص : 295) .

([6]) ومفهومه المخالف أنه يمضي إن كانت قد فاتت . وسيأتي تناول هذه المسائل الثلاثة قريباً من هذا المبحث .

الثالث : ما أُخل فيه بشرط من شروط الصحة ؛ فيفسخ ، وتُرد السلعة إن كانت قائمة، فإن فاتت، رد مثلها فيما له مثل؛ وهو المكيل والمعدود والموزون، ورد قيمتها فيما لا مثل له"[1].

إذن، يتضح من خلال عرض هذا النص، أن مراعاة الخلاف إنما تجري في القسم الثاني؛ الذي نهي عنه ولم يخل فيه بشرط من شروط الصحة، إذ لها فيه ـ على رواية . حكمان، حكم بفسخه ما دام المبيع قائماً، وحكم بتصحيحه وإمضائه إن فات ذلك.

وفيما يلي عرضٌ لبعض المسائل المتعلقة بالمعاملات المالية مما لها صلة بمراعاة الخلاف:

1 ـ تلقي الركبان[2] للبيع :

وهو "أن يقدم ركب التجارة بتجارة، فيتلقاه رجل قبل دخولهم البلد، ومعرفتهم السعر؛ فيشتري منهم، بأرخص من سعر البلد"[3] .

وهذا النوع من البيوع، نهي عنه[4] للغبن أو الضرر[5]، والمعتمد في مذهب مالك أنه لا يجوز أن يشتري أحدٌ سلعة حتى تدخل السوق، وهذا إذا كان التلقي قريباً، فإن كان بعيداً، فلا بأس به؛ لأنه سفر لا تلقي، وحدّ القرب في المذهب، أدنى من ستة أميال على الأرجح.

فإذا وقع، فسخ البيع، وأدب الحاضر. إن كان عالماً بالنهي ـ في رواية، ومضى ودخل في ضمان المشتري بالعقد في رواية أخرى[6] ، ولكن يشرك المشتري أهل الأسواق فيما اشتراه[7] .

والرواية الثانية ـ فيما يبدو ـ مؤسسة على القول بمراعاة الخلاف في ذلك[1] .

([1]) القوانين الفقهية، ص172.

([2]) ركبان: جمع راكب. انظر: المعجم الوسيط: (1/367 ـ 368) .

([3]) فقه السنة لسيد سابق : (3/245) ، دار الفتح للإعلام العربي ، الطبعة الثانية ، 1411هـ ـ 1990م .

([4]) في الحديث الذي رواه البخاري عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال : "نهى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن التلقي وأن يبيع حاضر لباد": فتح الباري، كتاب: البيوع، باب: النهي عن تلقي الركبان: (9/236).

([5]) رأى مالك أن في هذا البيع إضراراً بأهل السوق بحرمانهم من هذه السلعة، فمنع منه حتى لا يستبد بها الأقوياء دون الضعفاء، بينما رأي الشافعي أنه إضرار بصاحب السلعة كما سيتضح من قولهما لاحقاً.

([6]) الرواية الأولى لابن القاسم عن مالك ، والثانية لسحنون عن ابن القاسم . انظر : تبصرة الحكام : (2/200).

([7]) انظر : (بداية المجتهد : (2/288 ـ 289)، والدسوقي مع الشرح الكبير : (4/113)).

2 . بيع الحاضر للبادي:

عن أبي هريرة . رضي الله عنه . قال : "نهى رسول الله . صلى الله عليه وسلم . أن يبيع حاضر الباد ، ولا تناجشوا ، ولا يبيع الرجل على بيع أخيه"[2].

وعن جابر[3] . رضي الله عنه . قال : قال رسول الله . صلى الله عليه وسلم . : "لا يبيع حاضر لباد، وذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض"[4] .

بيع الحاضر للبادي "هو أن يقدم غريب بمتاع تعمّ الحاجة إليه ليبيعه بسعر يومه ؛ فيقول بلدي: اتركه عندي لأبيعه لك قليلاً بأعلى"[1] .

([1]) حيث صحح الحنفية العقد إذا قبض المبيع ، ولزمته قيمته إذا لم يضر بالأهالي، فإن أضربهم صح مع الكراهة، وإن كان فسخ البيع قبل القبض رفعاً للفساد . عندهم . مطلوباً وفي هذا يبدو أن مذهب الحنفية قريب من مذهب مالك، حيث يقولون : إذا قبض المشتري المبيع . في البيع الفاسد . بإذن البائع ، قبضاً صحيحاً . من غير غصبٍ ونحوه .، لم يملك الانتفاع به، إلا إذا تغيرت صفة المبيع بالزيادة أو النقص، أو هلك المبيع، فيصح البيع حينئذٍ، وتجب القيمة ، لكنه ، يملك التصرف فيه ببيع أو هبة للغير .

والمالكية يقولون بتصحيحه إذا قبض المبيع وفات في أي صورة من الصور المذكورة ؛ للضرورة ، ولخلاف الحنفية ، وإن كانوا في الأصل لا يفرقون بين الباطل والفاسد جريا على رأي الجمهور.

وقضى الشافعية بأن للبائع الخيار في إنفاذ البيع أو رده عملا بظاهر قوله . صلى الله عليه وسلم . : "لا تتلقوا الجلب، فمن تلقاه فاشترى منه ، فإذا أتى سيّده السوق فهو بالخيار" ، الذي رواه مسلم بشرح النووي في كتاب : البيوع ، باب : تحريم تلقي الجلب : (164/10) ، وقال أبو سعيد الإصطخري : "إنما يكون للبائع الخيار إذا كان المتلقي قد ابتاعه بأقل من الثمن ، فإذا ابتاعه بثمن مثله فلا خيار له " ، قال الخطابي : "وهذا قول قد خرج على معاني الفقه" . وعند الشافعية أن تلقي الركبان للبيع هو في حكم التلقي للشراء على الأظهر . ويمثل قول الشافعية قال الحنابلة جاعلين هذا البيع من أنواع خيار الغبن . راجع : (البدائع : (303/5 . 304) ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق: (91/6 . 98)، لابن نجيم، المكتبة الماجدية، كويته . باكستان، بدون تاريخ، وحاشية القليوبي مع كنز الراغبين: (291/2)، والروض المربع، ص260، ومعالم السنن: (93/3) ، ومصادر الحق لعبد الرزاق السنهوري: (163/4 ، وما بعدها) ، نشر معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية، الطبعة الثالثة، 1967م) .

([2]) أخرجه البخاري في الفتح من كتاب: البيوع ، باب: لا يبيع على بيع أخيه: (212/9).

([3]) سبق ترجمته .

([4]) أخرجه أبو داود في معالم السنن ، كتاب : البيوع ، باب : النهي عن حاضر لباد : (95/3) .

وعلة النهي عن هذا البيع هو الإضرار بأرباب السلع من أهل البادية الذين لا يعرفون الأسعار ؛ إذ قد يبيعون سلعهم بالرخص ، وذكر القاضي عبد الوهاب . رحمه الله . أن علة النهي هي الإضرار بأهل الحاضرة الذين تباع لهم هذه السلع بأسعار غالية[2] .

والبيع من الألفاظ المشتركة التي تشتمل على البيع والشراء ، وبناء عليه ، اختلف النقل عن مالك في شراء الحضري للبدوي ، فمرة أجازه ، ومرة منعه[3] .

فإن وقع البيع على هذا النحو حُكم، عند المالكية، بفسخه بالنسبة للعمودي . على التفصيل الذي أشرنا إليه ـ ، وفُسخ بيع الحاضر للقرويّ على قولٍ، وذلك إن لم يفت، فإن فات مضى بالثمن، وهو المعتمد، وقيل بالقيمة، وأُدب كل من المالك، والحاضر، والمشتري، إن لم يُعذروا بجهل، وإن لم يعتادوه على إحدى القولين.

أما وجه الفسخ؛ فهو عقوبة لفاعله على قصده قطع أرزاق الناس، وأما وجه الإمضاء؛ فلأن الفساد منتف عنه من جهة العقد، أو المعقود عليه، وإنما هو لحق الآدميين، على وجه الرفق والإعانة[4] .

وعلى القول بالفسخ في الحالين، ثم إمضاء البيع بعد الفوات، تظهر مراعاة الخلاف.

وهذا مثال عن مراعاة الخلاف ، داخل المذهب ، وخارجه[5] .

([1]) [وهو ما صرح به ابن عباس . رضي الله عنه . في رواية إذ قال : "أن يكون له سمساراً" : فتح الباري ، كتاب: البيوع، باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر؟ : (234/9)] : رحمة الأمة ، ص 141، وكنز الراغبين شرح منهاج الطالبين مع حاشيتي عميرة والقليوبي لجلال الدين المحلي : (289/2)) .

([2]) يجوز البيع لأهل البادية إذا كانوا يعرفون الأسعار، لانعدام علة النهي كما حكى الدردير والدسوقي خلافاً لما في حاشية الخرشي . وقسم المالكية البادي إلى قسمين: الأول: العمودي، والثاني: القروي، أما الأول، فقالوا بعدم جواز البيع منه إلا إذا كان عالماً بالأسعار، وأما الثاني ففي البيع له القولان: أظهرهما الجواز. انظر: (الدسوقي مع الشرح الكبير : (112/4) ، والمعونة : (1033/2 . 1034)).

([3]) انظر: (معالم السنن الخطابي: (94/3) ، بداية المجتهد : (289/2)) .

([4]) انظر: (حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير: (112/4 . 113)، والمعونة: (1034/2)) .

([5]) فعند الحنفية يصح البيع مع الكراهة إذا أضر بأهل البلد ، فإن لم يضر فلا بأس به ، وعند الشافعية يصح البيع، والإثم على الحاضر دون البادي، وذلك إذا كان البيع مما تعم الحاجة إليه، وكان البائع يقصد بيعه بسعر يومه، وإن كان هذا البيع باطلاً عند الحنابلة إذا قصد بيعه بسعر يومه وكان جاهلاً بالسعر، وقصده الحاضر وبالناس حاجة إليه. انظر: (الهداية : (53/3)، وكنز الراغبين: (289/2 . 290)، والروض المربع، ص253) .

3 . البيع على بيع أخيه :

لا يجوز بيع الإنسان على بيع أخيه[1] ؛ لورود النهي عن ذلك ، وهو قوله . صلى الله عليه وسلم . : "لا يبع الرجل على بيع أخيه"[2] وصورته: أن يقول لمن اشترى سلعة قبل لزوم العقد : افسخ لأبيعك بأنقص، أو يقول للبائع: افسخ لأشتري منك بأزيد[3].

وقرر المالكية أن النهي عن ذلك محمولٌ على التحريم على القول المعتمد، فإن وقع، حرُم على البائع البيع حينئذ، ويجب فسخه، إلا أن يفوت؛ فيمضي مراعاة للخلاف[4]، ومن تكرر منه ذلك أُدّب[5] .

4 . بيع النجش :

النجش في اللغة: هو إثارة الشيئ، ولذا سمي الصائد ناجشاً؛ لأنه يثير الصيد، ويسمى الناجش في السلعة كذلك؛ لأنه يثير الرغبة فيها، ويرفع ثمنها، وأصل النجش: الاستتار؛ لأن الفاعل يستر قصده[6] .

([1]) قال الجمهور : ولا فرق في ذلك بين المسلم والذمي ، وذكر "الأخ" خرج مخرج الغالب، فلا مفهوم له. انظر: (فتح الباري: (212/9)، والمنتقى شرح الموطأ ، للإمام الباجي: (100/5)).

([2]) سبق تخريجه آنفاً من صحيح البخاري.

([3]) وهذا في أثناء خيار المجلس ، أو خيار الشرط ، أو بعد خيار العيب على المعتمد ، وذلك عند الشافعية والنهي عندهم . يفيد التحريم ولكنه إذا وقع صح ، وعند المالكية النهي محمول على التراكن والتقارب ؛ قبيل تمام العقد ، وقد ذهبوا إلى ذلك جمعاً بين الحديث السابق ، وبين حديث: "لا يسوم على سوم أخيه المسلم" الذي أخرجه البخاري في الفتح من كتاب : البيوع ، باب : لا بيع على بيع أخيه ولا يسوم على سوم أخيه : (212/9) ، وعند الحنابلة أن مناط النهي ما كان بعد تمام العقد ، دون التساوم ، إلا إذا تراضيا ، وعند الحنفية النهي محمول على السوم على سوم الغير ، من باب الكراهية وأما بعد التعاقد فلا ؛ لأن خيار المجلس . عندهم . لا يثبت البيع ، وبالتالي ، فلا يتصور بعد التواجب بيع الغير عليه . انظر : (الهداية : (53/3) ، والروضة الندية شرح الدرر البهية للعلامة صديق بن حسن القنوجي البخاري: (103/2) ، دار الجيل ، بيروت ، بدون تاريخ ، والمعونة : (1032/2) ، وحاشية القليوبي على كنز الراغبين : (292/2)، والروض المربع . ص : 253) .

([4]) ويعنى به خلاف الحنفية والشافعية . راجع : الهداية : (53/3) وحاشية القليوبي على كنز الراغبين : (292/2)) .

([5]) راجع: كفاية الطالب الرباني مع حاشية العدوي: (387/3 . 388) .

([6]) راجع (معجم مقاييس اللغة : (394/5) ، والمصباح المنير : (815/2)) .

وأما في الشرع فهو "الزيادة[1] في ثمن السلعة المعروضة للبيع لا ليشتريها بل ليغرر بذلك غيره"[2].

وهو من البيوع التي نهي عنها في الشرع ؛ لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : "لا تناجشوا"[3]، والتي اتفق العلماء على منعها، وعلى أن فاعلها عاص بفعله، ولكن اختلفوا في البيع إذا وقع على ذلك.

فذهب الحنابلة إلى أن للمشتري خيار الغبن، ولو كان بلا مواطأة البائع أو صنعه. والأصح عند الشافعية، صحة البيع مع الإثم، وهو قول الحنفية[4] ، والمشهور عند المالكية أنه كالعيب، والمبتاع له الخيار في رده، ما لم تفت السلعة، فإن فاتت، فله أن يأخذها بقيمتها، ما لم تكن أكثر مما ابتاعها به؛ فلا تزاد على ذلك.[5]

والقول بصحة العقد بعد الفوات ـ فيما يبدو ـ مخرج على القول بمراعاة الخلاف.

5 ـ بيع الكلب المعلّم :

يجوز بيع الكلب مطلقاً عند الحنفية ؛ لأنه حيوان منتفع به ، فجاز بيعه كسائر الحيوانات، وعند الشافعية لا يجوز مطلقاً ؛ لأن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ "نهى عن بيع الكلب"[6] ، وبمثله قال الحنابلة .

([1]) قيد ابن عبد البر وابن العربي وابن حزم التحريم بأن تكون الزيادة المذكورة فوق ثمن المثل ، فإن انتهت الزيادة إلى ثمن المثل ، جاز ذلك ، لأنه من باب النصحية . قال ابن حجر : وفيه نظر ، إذ لم تتعين النصيحة بإيهام الغير، وإنما بإعلام البائع بأن قيمة سلعته أكثر من ذلك ، ثم هو باختياره بعد ذلك ، ويُحتمل أن لا يتعين عليه إعلامه بذلك حتى يسأله للحديث الآتي: إذا استنصح أحدكم أخاه فلينصحه" [الذي رواه البخاري في الفتح من كتاب : البيوع ، باب: هل يبيع حاضر لباد بغير أجر وهل يعينه أو ينصحه ؟ : (233/9)] والله أعلم . راجع : الفتح : (215/9) .

([2]) سبل السلام شرح بلوغ المرام لمحمد بن إسماعيل الصنعاني : (18/3) .

([3]) سبق تخريجه من حديث طويل في صحيح البخاري .

([4]) انظر: (الهداية: (53/3) ، كنز الراغبين: (293/2) ، وكشاف القناع: (213/3)) .

([5]) راجع: (المنتقى للباجي : (107/5) ، وبداية المجتهد : (290/2)) .

([6]) أخرجه البخاري في الفتح ، كتاب : البيوع ، باب : ثمن الكلب : (299/9) .

واختلف بيع الكلب المعلم عند المالكية بين الكراهة والحرمة[1] . أما وجه الجواز ؛ فهو أن الحديث استثناه من عموم النهي ، للحاجة فيما روي عن النبي . صلى الله عليه وسلم . أنه "نهى عن ثمن الكلب إلا كلب الصيد"[2]، ولأنه جارح يصاد به كالبازي.

وأما وجه الحظر؛ فلأنه حيوان منهي عن اتخاذه، إلا للضرورة كالسباع، فلا يجوز بيعه، ولكن على من قتله، ضمان قيمته لصاحبه[3].

"فإن وقع ونزل وعقد على الكلب، فالحكم أنه يفسخ بيعه إلا أن يطول، وقيل: وإن طال، وقيل: يمضي بمجرد العقد، مراعاةً لمن يقول بجوازه في المذهب[4] ، وهذا فيما يجوز اتخاذه من الكلاب، وأما ما لا يجوز اتخاذه منها، فلا خلاف أنه لا يجوز بيعه، وأنه إن بيع فُسخ البيع"[5] .

6 . حكم الإجارة الفاسدة:

الإجارة جائزة عند كافة أهل العلم، ولا عبرة بمن خالف في ذلك[6]، ويشترط فيها ما يشترط في البيع[1]، وأن تكون الأجرة معلومة، وكل ما صح أن يكون ثمنا في المبايعات صح أن يكون

([1]) انظر : (الهداية : (77/4) ، والقوانين الفقهية ، ص : 163 ، والأم : (11/3) ، ومنتهى الإرادات لابن النجار : (340/1)) .

([2]) تحفة الأحوذي ، في أبواب البيوع ، باب : ما جاء في كراهية ثمن الكلب والسنور : (502/4) ، قال الترمذي : لا يصح إسناده . قال الزيلعي : والأحاديث الصحيحة خالية من هذا الاستثناء ، وإنما الاستثناء في أحاديث النهي عن الاقتناء ، فلعله شُبّه على بعض الرواة الذين هم دون الصحابة والتابعين . ونقل مثله عن البيهقي. وذكر الزيلعي حديثاً في مسند أبي حنيفة عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس . رضي الله عنه . قال : أرخص رسول الله . صلى الله عليه وسلم . في ثمن كلب الصيد . قال ابن حجر : وفي إسناده أحمد بن عبد الله الكندي، وهو ضعيف. راجع (نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعي: (53/4 . 54) ، المركز الإسلامي، الأهرام ، بدون تاريخ، والدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر: (161/2)، نشر المكتبة الأثرية، باكستان، بدون تاريخ.

([3]) راجع : (المعونة : (1040/2 . 1041) ، والرسالة لأبي زيد القيرواني مع كفاية الطالب الرباني : (350/3) وفيه أن غير المأذون في اتخاذه ، لا قيمة فيه.

([4]) وهو لابن حبيب وصوبه ابن ناجي. انظر: الرسالة: (351/3).

([5]) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني : (351/3) .

([6]) وهو عبد الرحمن بن كيسان الأصم شيخ المعتزلة الذي اشتهر بالكلام والأصول والفقه ، الذي توفي سنة 201هـ. انظر : سير أعلام النبلاء : (402/9) .

أجرة، كما يجب أن يكون المنفعة معلومة الأجل، أو موصوفة العمل، وأن تكون مباحة؛ لا محرمة كالزنا، ولا واجبة كالصلاة.[2]

فإذا وقعت الإجارة على وجه فاسد فسخت ، فإن كانت المنفعة قد استوفيت بقبض ما استأجره ، سواء انتفع به، أو ولم ينتفع به رجع إلى أجرة المثل، عند مالك[3]، وهذا . فيما يبدو . مراعاةً لمن يقول بذلك؛ كالشافعي وأبي حنيفة وابن حنبل رضي الله عنهم.[4]

7 . البيع يوم الجمعة :

لا يصح البيع ولا الشراء ، ممن تلزمه الجمعة بعد أذانها الثاني، عقب جلوس الإمام على المنبر ؛ لقوله تعالى : { يا أيها الذين ءامنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع} [5]، والنهي يقتضي الفساد، وهذا عند المالكية والحنابلة، وعند الحنفية يصح البيع مع الكراهة، وعند الشافعية يصح ولكن مع الحرمة[6] .

وبينما خص الحنابلة النهي بالبيع، عدى الجمهور النهي، إلى كل ما يشغل عن الصلاة؛ كالإجارة، والشركة، وسائر العقود، واستثنى المالكية من ذلك، صحة النكاح والطلاق، والهبة،

([1]) كالعاقدين وشرطهما أن يكونا جائزي التصرف ، والمعقود عليه وهو الثمن والمثمن ويشترط فيه أن يكون طاهراً ، منتفعاً به، معلوماً، ومقدوراً على تسليمه، والصيغة عند من لا يقول بالمعاطاة . راجع: (الهداية : (23/3) القوانين الفقهية ص 163، وكنز الراغبين: (243/2) ، والروض المربع، ص146) .

([2]) انظر: (الهداية : (230/3) ، والقوانين الفقهية ، ص : 181 ، والمهذب : (516/1)، والمبدع في شرح المقنع : (62/5) ، ووسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة للعاملي : (241/13 وما بعدها) ، والنيل وشفاء العليل ، لمحمد بن يوسف طفيش: (10 . 7/1) ، نشر وزارة التراث القومي والثقافة، 1407هـ . 1986م ، والمحلى : (182/8)).

([3]) راجع: (القوانين الفقهية، ص 184، والمعونة: (1101/2)) .

([4]) يجوز ذلك استحسانا عند الحنفية خلافا لزفر، غير أنه لا أجرة عندهم فيما لم ينتفع به خلافا للثلاثة. راجع: الهداية: (241/3)، والدرر على الغرر: (231/2)، وكنز الراغبين: (131/3)، والمقنع مع المبدع:(105/5).

([5]) سورة الجمعة ، الآية : 9 .

([6]) عند الحنفية يكره البيع بعد الأذان الأول إذا كان بعد الزوال على الأصح. راجع: (الهداية: (54/3) ، القوانين الفقهية، ص 171 ، المهذب: (153/1)، والروض المربع شرح زاد المستقنع، ص 252).

والصدقة، والعتق؛ لما يترتب على الفسخ لها من ضرر؛ ولأن عادة الناس لم تجرِ باشتغال الناس بها؛ كاشتغالها بالبيع[1] .

فإن وقع البيع وقت النداء للجمعة، فُسخ في المشهور، فإن فات، مضى بالثمن ، ولا يرد في رواية، وردّ إلى القيمة حين القبض، وفي رواية أخرى.

وعلى الرواية الأولى ، تظهر مراعاة الخلاف [2] .

8 ـ بيع العينة :

وهو "أن يبيع السلعة بثمن إلى أجل ، ثم يشتريها من مشتريها نقداً ، بأقل من ذلك"[3]، وهو بيع يراد به أن يكون حيلة للقرض بالربا، وسمي بالعينة ؛ لأن بائع السلعة إلى أجل، يأخذ بدلها عينا ، أي: نقدا حاضراً . ومثلُه أن يبيع سلعة بثمن إلى أجل معلوم ، ثم يشتريها بثمن آخر إلى أجل آخر[4] .

وحاصل بيع العينة : إما أن يكون من المشتري بلا واسطة ، أو بواسطة شخص آخر. والثاني: جائز عند أبي حنيفة مطلقاً ؛ سواء اشترى بالثمن الأول ، أو بأنقص ، أو بأكثر ، ووافقه أحمد فيما لو باع بالعرض ؛ لأن الأثمان والعروض عنده جنسان مختلفان ، فيجوز التفاضل فيهما[5] .

والأول . أي الذي بلا واسطة . : إما أن يكون بأقل من الثمن ، أو بغيره .

([1]) استثنى الحنابلة منه حالة الضرورة أو الحاجة كمضطر لطعام وسترة ونحو ذلك إذا وجده يباع . انظر : (الدر المختار مع رد المختار : (770/1) ، والبدائع : (270/1) ، ومتن خليل ومواهب الجليل للشنقيطي : (312/1) ، والمهذب: (110/1) ، ومغني المحتاج : (25/1 ، وما بعدها ، والروض المربع شرح زاد المستقنع ، ص : 252) .

([2]) الرواية الأولى للمغيرة وسحنون ونسب ابن العربي القول بها إلى الغوّاص واحتجّ لها ابن عبدوس . والرواية الثانية هي لابن القاسم وأشهب . راجع : (المنتقى للباجي : (195/1) ، والقبس شرح الموطأ ، لابن العربي : (801/2) ، تحقيق . د. محمد عبد الله ولد كريم ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1992م ، والقوانين الفقهية ، ص : 161) .

([3]) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ، ص : 141 .

([4]) انظر : (تبيين الحقائق للزيلعي : (54/4) ، والقوانين الفقهية ، ص : 171 ، والأم : (78/3 . 79) ، ومنتهى الإرادات لابن النجار : (350/1)) .

([5]) راجع : (شرح العناية على الهداية مع فتح القدير ، لمحمد بن محمود البابرتي : (433/6) ، والمغني لابن قدامة : (257/4) .

فإن كان بغيره . أي بمثل الثمن أو أكثر . فهو جائز عند الحنفية والحنابلة . وإن كان بأقل من الثمن ، لم يصح عندهما للأثر[1] ، وقياساً على الذرائع المجمع على منعها .

وصحح الشافعي عقد بيع العينة جملة ؛ لتوافر أركانه ، ولا عبرة . عنده . في إبطال العقد بالنية الباطنة ، والحكم إنما يجري على ظاهر العقد دون باطنه ؛ لذا فيحمل العقد على غير التهمة[2] .

واستدل الشافعي على مدّعاه بالقياس، في أنه إذا جاز بيع السلعة التي اشتريت من غير بائعها، جاز كذلك بيعها من بائعها؛ كما لو باعها بمثل ثمنها. ومال الشافعي إلى القياس؛ لأن الحديث . المذكور آنفا. لم يثبت عنده، ورأى أن الراوي قد خالف روايته ، وإذا اختلف الصحابة، يؤخذ بقول من وافق القياس، كما تأوله بأن عائشة . رضي الله عنها . عابت عليها بيعاً إلى العطاء؛ لأنه أجل غير معلوم.

وذهب المالكية إلى أن العقد الثاني من هذا البيع يبطل، إذا كان بأقل من الثمن؛ من عين، أو طعام، أو عرض، وكذا إذا كان بأكثر، سداً لذريعة التوصل إلى الربا، فإن كان بمثل الثمن الأول، جاز.

([1]) الذي رواه الدارقطني عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته "أنها دخلت على عائشة . رضي الله عنها . فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم الأنصاري وامرأة أخرى ، فقالت أم ولد زيد بن أرقم : يا أم المؤمنين إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئة ، وإني ابتعته بستمائة درهم نقداً ، فقالت عائشة : بئسما اشتريت وبئسما شريت ، إن جهاده مع رسول الله . صلى الله عليه وسلم . قد بطل إلا أن يتوب" : (52/3) الحديث رقم 212 . وفي إسناده العالية بنت أنفع وقد أُعلت بالجهالة ، ورُدّ بأنها معروفة وقد ذكرها ابن سعد في الطبقات . وأخرجه كذلك الإمام أحمد في مسنده ، وغيره ، وقال في التنقيح : إسناده جيد : وإن كان الشافعي لم يثبت مثله عن عائشة . راجع (التعليق المغني على الدارقطني لأبي الطيب محمد آبادي : (52/3 . 53) ، وجامع الأصول من أحاديث الرسول ، لأبي السعادات مبارك بن محمد بن الأثير: (478/1) ، مع تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1400هـ . 1980م) .

([2]) وقول الإمام الشافعي . رحمه الله . موافق للقياس عنده القاضي بعدم اعتبار القصد في صحة أو عدم صحة العقد، غير أن الإمام أبا حنيفة . رحمه الله . ترك القياس فيما إذا باع بأقل من الثمن ، مراعياً للقصد في بطلان هذا العقد ، وقد قال بذلك استحساناً للخبر ، بينما تشبث الحنابلة وخصوصاً المالكية بأصلهم القاضي باعتبار القصد في عدم صحة هذا البيع . انظر : (إعلام الموقعين : (106/1 وما بعدها) ، والملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للشيخ محمد أبو زهرة ، ص : 219 ، 222 . 223 ، دار الفكر العربي ، بدون تاريخ ، والفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي: (468/4)) .

فإن وقع البيع . عندهم . على النحو الممنوع فسخ إن أدرك اتفاقاً ، فإن فات ، مضى بالثمن في قول ، وفسخ مطلقاً . سواء فات أو لم يفت . وترد السلعة إن كانت قائمة، وإلا رد قيمتها يوم القبض ، في قول آخر[1] .

والقول الأول . فيما يبدو . مبني على القول بمراعاة الخلاف .

([1]) انظر : (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : (54/4) ، وشرح العناية على الهداية : (344/6) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : (146/4) ، والكافي لابن عبد البر ، ص : 325 . 326 ، والمستخرجة من الأسمعة لمحمد العتبي مع البيان والتحصيل لابن رشد : (176/7 ، 177) ، والأم للشافعي : (78/3 . 79) والروض المربع ، ص : 254).

المبحث الرابع
مراعاة الخلاف في الجنايات

مدخل :

الجنايات جمع جناية، وهي مأخوذة في اللغة: من جنى يجني بمعنى : أخذ ، يقال : جنى الثمر إذا أخذه من الشجر، ويقال أيضاً: جنى على قومه جناية ، أي أذنب ذنبا يؤاخذ به[1].

المراد بها في عرف الشرع: هو كل فعل محظور يتضمن ضرراً على الدين، أو النفس، أو العقل، أو النسل، أو المال[2] . وهذا ما اصطلح عليه الفقهاء بجرائم الحدود والقصاص ، ومقابل هذه الجرائم شُرعت الحدود . وهي حد الردة ، والحرابة ، والقصاص ، والشرب ، والزنا ، والقذف ، والسرقة . لما تفضي إليه هذه الجرائم الكبرى من تفويت مقاصد الشريعة الضرورية الخمس[3] .

وتفويت هذه المقاصد مفسدة ، ودفعها مصلحة، و "الحدود أسباب محظرة ؛ فلا تثبت إلا عند كمال المفسدة، أو تمحضها"[4] .

ولما كانت هذه العقوبات شديدة ؛ فقد احتاط الشارع لإثباتها ، فوضع لها على خلاف القواعد العامة في الإثبات ، قاعدة رئيسية وهي : "درء الحدود بالشبهات" . هذه القاعدة التي استُلهمت من الحديث الشريف ؛ في قوله . صلى الله عليه وسلم . : "ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً ، فخلّوا سبيله ؛ فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة"[5] . وقد اتفق جماهير العلماء في كل عصر ، على جواز العمل بها ،

([1]) راجع : المعجم الوسيط : (141/1) .

([2]) راجع : (التعريفات ، ص : 5 ، والقاموس الفقهي ، ص : 70 ، وفقه السنة لسيد سابق : (5/4)) .

([3]) التي ذكرت سابقاً . راجع : الجريمة للشيخ محمد أبو زهرة ، ص : 37 وما بعدها ، دار الفكر العربي ، بدون تاريخ .

([4]) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام : (161/2) ، وانظر : المستصفى للغزالي : (287/1) .

([5]) رواه البيهقي من طرق عدة ، أكثرها موقوف ومنقطع أو ضعيف وأصح شيء فيها رواية وكيع بن يزيد بن زياد موقوفاً على عائشة : السنن الكبرى للبيهقي : كتاب : الحدود ، باب : ما جاء في درء الحدود بالشبهات : (238/8) عن علي كرم الله وجهه ، وقال الحافظ في التلخيص الحبير : رواه ابن حزم في كتاب الاتصال عن عمر . رضي الله عنه . موقوفاً عليه بإسناد صحيح : (56/4) .

فقرروا جواز سقوط الحد لوجود شبهة ، وإن اختلفوا في بعض تطبيقاتها وصورها، وهو اختلاف في تحقيق المناط ، وليس في أصل القاعدة[1] .

وذهب جمهور العلماء إلى أن المعتبر في إسقاط الحد هو وجود الشبهة المحتملة، بينما ذهب الحنفية إلى أن المعتبر في ذلك هو مطلق شبهة.

و"الشبهة"[2] قد تتعلق بالفاعل ؛ كفقد الأهلية، أو نقصانها؛ كالجنون والصغر، أو كالجهل بالحكم، أو الجهل بالواقعة المُوجبة للتحريم.

وقد تتعلق الشبهة بالمحل؛ كأن يكون للواطئ أو السارق شبهة ملك.

وقد تتعلق الشبهة بالاختلاف في الأحكام ؛ مما يبيحه قوم ، ويحرمه آخرون ؛ كنكاح المتعة ، والنكاح بلا ولي ، وكل نكاح مختلف فيه ، وكشرب النبيذ ، وشرب الخمر للتداوي ، وإن كان الأصح في هذه المسائل التحريم ، إلا أنه جُعل الخلاف في ذلك شبهة ، تدرأ الحد عند جمهور الفقهاء ، ما عدا أهل الظاهر[3] .

وقد تتحقق الشبهة بعدم ثبوت الجريمة؛ كرجوع المُقر عن إقراره، أو عدول الشهود.

وقد تنتج الشبهة عن الضرورة المُلجئة؛ كما أوقف عمر . رضي الله عنه . حد السرقة عام المجاعة[4].

([1]) ولم يقل ابن حزم بذلك خشية أن يؤدي ذلك إلى إسقاط الحدود ، فقال : وكيف تسقط الحدود الثابتة بالنصوص الصريحة ، بوجود شبهة . وذهب بعض الفقهاء إلى أن نفي الحد مقدم على إثباته لوجهين : أحدهما : إن الحد ضررٌ ؛ فتكون شرعيّته على خلاف الأصل ، ونفيه على وفق الأصل ، فيكون النافي له راجحاً . والثاني : إن ورود الخبر في نفي الحد، إن لم يوجب الجزم بذلك النفي ، فلا أقل من أن يفيد شبهة فيه تدرأ الحد . راجع : (المحلى : (153/11) . ونفائس الأصول في شرح المحصول للقرافي : (3728/8) ، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود ، وعلي محمد معوض، نشر مكتبة نزار مصطفى الباز، ص : 132 ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الخامسة ، 1410هـ . 1995م) .

([2]) عرفها الجرجاني بقوله : "هو ما لم يتيقن كونه حراماً أو حلالاً" : التعريفات ، ص : 90 .

([3]) راجع : (تبيين الحقائق : (219/3) ، والمبسوط للسرخسي : (58/9 ، 85) ، وشرح حدود ابن عرفة : (637/2)، وشرح تنقيح الفصول ، ص : 139 ، وحاشية القليوبي مع عميرة على كنز الراغبين : (275/4) ، والكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة : (202/4) ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الخامسة ، 1408هـ . 1988م ، والمحلى لابن حزم: (153/11)) .

([4]) إذ قال عمر . رضي الله عنه . : "لا يقطع في عذق ولا في عام سنة" : مصنف ابن أبي شيبة ، باب : في الرجل يسرق التمر والطعام : (27/10) .

وتوسع الحنفية في نطاق الشبهة، حتى عدوا صورة العقد شبهة تدرأ الحد . ومثلوا لذلك: بالأجرة على الزنا، وبالعقد على المحارم ، بينما خالفهم الجمهور في ذلك ؛ فأوجبوا الحد[1] .

ففي جميع الصور المعتبرة . مما مضى . يسقط الحدّ ، ولكن يترتب على ذلك فرض عقوبة تعزيرية ، إذا اتضح القصد الجنائي ؛ لأن التعزير يثبت مع الشبهة ، فإن انعدم القصد الجنائي ، حكم ببراءة الذمة[2].

وما يهمنا في هذا المبحث هو معالجة الشبهة الناشئة عن اختلاف الفقهاء:

1 . شبهة النكاح والوطء المختلف فيه:

كل نكاح اختلف في صحته ؛ كالنكاح بلا ولي[3]، والنكاح بلا شهود . إذا استفاض واشتهر[4] ، ونكاح الشغار[5]، ونكاح المتعة[6]، ووطء الأمة

([1]) وقد خالف الصاحبان في ذلك فأوجبا الحد . وقد ناقش ابن حزم . رحمه الله . مذهب الحنفية مناقشة جيدة بين فيها ضعف مدرك الحنفية ، وعدم مراعاة الجمهور لخلافهم . راجع : (المبسوط للسرخسي : (58/9 ، 85) ، والقوانين الفقهية ، ص : 232 ، وبداية المجتهد : (771/2) ، وكنز الراغبين مع حاشيتي القليوبي وعميرة : (275/4)، والكافي لابن قدامة : (202/4 . 203) ، والمحلى : (250/1 . 251)) .

([2]) انظر : التشريع الجنائي الإسلامي ، عبد القادر عودة : (214/1 . 215) ، دار الكاتب العربي ، بيروت ، بدون تاريخ ، والمبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي د. عبد السلام محمد الشريف ، ص : 307، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، 1406هـ . 1986م، والأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص : 145) .

([3]) مراعاة لخلاف الحنفية وقد سبق بسط هذه المسألة في المبحث الثاني من هذا الفصل . راجع : (القوانين الفقهية، ص: 232، وكنز الراغبين : (275/4) ، والكافي لابن قدامة : (202/4)) .

([4]) رعياً لخلاف المالكية الذين يعتبرون الشهود شرط في صحة الدخول دون العقد كما بينا ذلك من قبل في المبحث الثاني من الفصل الثاني ضمن شروط العمل بمراعاة الخلاف . راجع : (الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص : 143، كنز الراغبين مع القليوبي وعميرة: (275/4)، والكافي لابن قدامة : (202/4)) .

([5]) مراعاة لخلاف الحنفية ، وقد تم بسط المسألة في المبحث الثاني من هذا الفصل . انظر : (المدونة للإمام مالك : (98/2) ، والبهجة شرح التحفة لابن عبد السلام : (271/1) ، والكافي لابن قدامة : (202/4)) .

([6]) وهو أن يتزوج الرجل المرأة إلى أجل معلوم، بصداق ، وبلا ولي، إلا إذا كانت صغيرة . في سنّ العاشرة فما دون . ، وبلا شهود ، فتكون أحكام الزوجية كلها قائمة بينهما إلى ذلك الأجل ما عدا الميراث والنفقة ، إلا أن تشترط الزوجة في العقد النفقة والميراث ، فلها ذلك . ومن أحكامه: يجوز التمتع بالمسلمة وغير المسلمة ، وكذا الحرائروالإماء، ويشترط تحديد

المحللة[1]، إذا وقع أسقط الحد؛ لشبهة الاختلاف، ولكن قد يجب فيه التأديب من الحاكم اجتهادا.

الأجل، وإلا كان نكاح دوام، ويستحب الزواج بالعفيفة العارفة، دون الفاجرة المخالفة ويستحب الإشهاد لئلا تعتقد المرأة أن ذلك فجور، إذا لم تكن من أهل المعرفة، ويكره التمتع بالمرأة من أهل بيت الشرف؛ لما يصيبها من الذل والعار، ويجوز الجمع في التمتع بأكثر من أربع، وإن جاءه ولدٌ من المتعة نسب إليه، وإذا انقضى الأجل بانت المرأة بلا طلاق.

قال ابن العربي . رحمه الله . في القبس : "نكاح المتعة من أغرب ما ورد في الشريعة ، فإنه نُسخ مرتين؛ كان مباحاً في صدر الإسلام ، ثم نهى النبي . صلى الله عليه وسلم . عنه يوم خيبر، ثم أباحه في غزوة حنين، ثم حرمه بعد ذلك. بين [لنا] ذلك مسلم من طريق الربيع بن سبرة الجهني ... وقد كان ابن عباس . رضي الله عنه . يقولها، ثم ثبت رجوعه عنها، فانعقد الإجماع على تحريمها. فإذا فعلها أحدٌ رُجم في مشهور المذهب، وفي رواية أخرى [عن ابن القاسم] عن مالك لا يرجم؛ لأن نكاح المتعة ليس بحرام، ولكن لأصلٍ آخر لعلمائنا غريب، انفردوا به دون سائر العلماء، وهو أن ما حُرّم بالسنة [كالجمع بين المرأة عمتها] هل هو مثل ما حُرّم بالقرآن [كالجمع بين المرأة وأختها] أم لا؟ فمن رواية بعض المدنيين عن مالك . رحمه الله . أنهما ليسا سواء [أي يدرأ الحد فيما ثبت بالسنة دون ما ثبت بالقرآن]، وهذا ضعيف، وقد بيناه في أصول الفقه وحققناه أنهما سواء في العمل وإن افترقا في العلم، أما نكاح المتعة، فهو أكثر من ذلك كله وأقوى منه، فإن تحريمه ثبت بإجماع الأمة، والإجماع أكثر من الخبر".

وبناء على ما تقدم قال ابن عرفة: وفي بقاء خلاف ابن عباس . رضي الله عنهما . خلاف مشهور؛ أبو عمر وأصحابه من أهل مكة واليمن يرونه حلالاً.

ويرى زفر . من الحنفية . أن الشرط يسقط في النكاح المؤقت، ويصح النكاح على التأبيد إذا كان بلفظ التزويج، فإن كان بلفظ المتعة فلا يصح.

ويرى الشيعة أن نكاح المتعة مباح لثبوته بالسنة، وحملوا الأحاديث الناهية على أنها شاذة، وإنما قيلت من باب التُقية.

وعليه راعى بعض الفقهاء . إضافة لما سبق . كالنووي وابن قدامة الخلاف في هذه المسألة فقالوا بسقوط الحد لشبهة الخلاف، وإن كان الصحيح في هذا النكاح تحريمه، والذي يبدو لي بعد دراسة كلام الفقهاء، أنه يحدّ من أتى نكاح المتعة إن اعتقد تحريمه، ويُدرأ عنه الحد ويؤدب، إن لم يعتقد ذلك. فإن قيل: إذا كان كذلك فكلما أراد أحد أن يدرأ الحد عن نفسه ادعى اعتقاد حله، فيفضي ذلك إلى تفويت الأحكام. قلنا: إن الشريعة منوطة بالظواهر، ثم إن التأكد من صدق المدعي من كذبه مسألة تحقيق مناط، فلا تقدح في القاعدة، والله أعلم.

راجع: (الهداية للمرغيناني: (190/1) ، والمدونة : (477/4)، والمعيار المعرب للونشريسي: (394/3 . 396)، والقبس شرح الموطأ: (713/2 . 715)، وروضة الطالبين للنووي: (93/10) المكتب الإسلامي، ط2، 1405هـ . 1985م، والكافي في فقه الإمام أحمد: (202/4)، والاستبصار فيما اختلف من الأخبار؛ لأبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي: (141/3 . 153)، نشر دار الكتب الإسلامية ، طهران ، 1390هـ ق).

([1]) قال المالكية: مراعاة لقول عطاء بإباحتها، وصورة المسألة هي أن يعيرَ أحدٌ . قريبا كان أو أجنبيا . جاريةً لرجل، ويأذن له في وطئها، مع تمسكه برقبتها. وهذا الأمر، قد يكون بعقد بقتضي الإباحة كعقد النكاح، وقد يكون بغيره. أما إذا كان بعقد النكاح، جاز ذلك، فإن وطئها الزوج، وحَملت، قُوّمت عليه. وأما إذا أباح له وطؤها بغير عقد إلا مجرد الإباحة ،

2 . حكم شرب النبيذ[1] المختلف في حرمته:

اختلف العلماء في حكم الأشربة المسكرة ؛ فذهب جمهورهم إلى أن "كل مسكر خمر، وكل خمر

فإن هذا إذن في الوطء ، وليس إحلالا على الحقيقة ؛ لأن العقد غير حلال ، فإن وطئها الزوج= =لزمته قيمتها يوم الوطء، ولا ترجع إلى ربها، سواء أكان للواطئ مال أو لم يكن، حملت منه أم لم تحمل، فإن حملت فهي له أم ولد، وذلك لكي تتم له الشبهة، وتنتفي الإعارة المحرمة، ويُقدّر أنه واطئ مملوكته؛ لأنها لا تحل له من غير عقد نكاح إلا بذلك. لكن النقل عن عطاء بهذا المعنى لم أقف عليه، وإن صرح القليوبي من الشافعية بخطئه، والذي عثرت عليه هو قوله في إحدى الروايات التي أخرجها عن عبد الرزاق عنه، عن ابن عباس . رضي الله عنهما . "في العبد يبتُّ الأمة: يُحلُّها له، أن يطأها سيدُها"، ففي هذه الرواية . وإن خالفتها روايات أخر . إحلال السيد الأمة لزوجها، ووطء السيد لأمته حينئذ مباح، وإن منعت الروايات الأخرى إذا كان قصده التحليل، وهو غير المعنى المدعى . كما ترى . وما ثبت في هذا المعنى فهو مروي عن الشيعة ، وقد حكموا بكراهته إلا إذا اشترط حرية الولد. وأما المعنى المدعى فقد روى البيهقي فيه "أنّ النبي . صلى الله عليه وسلم . قضى في رجل وقع على جارية امرأته، إن استكرهها فهي حرّة، وعليه ولسيّدتها مثلها، وإن طاوعته فهي له، وعليه لسيّدتها مثلها. قال البخاري: أصح شيء روي في هذا هو حديث قبيصة، وفي حديثه نظر، ولا يقول بهذا أحد من أصحابنا. ثمّ ذكر البيهقي أنّ حصول الإجماع من فقهاء الأمصار بعد التّابعين على ترك العمل به دليل على أنه إن ثبت صار منسوخا بما ورد من الأخبار في الحدود". فمن ذلك ما روى البيهقي عن أبي إسحاق عن سعيد بن وهب قال: "جاء رجل إلى ابن عمر فقال: إن أمي أحلّت لي جاريتها ، فقال : ابن عمر . رضي الله عنه . : "فإنها لا تحلّ لك إلا بإحدى ثلاث : هبة ، أو شِرى ، أو نكاح" ، فإذا ثبت هذا، يكون القول بمراعاة الخلاف هنا خطأ، والله أعلم. ويؤيد هذا أن الحنفية والشافعية والحنابلة أوجبوا فيه الحد.

راجع : (المنتقى شرح الموطأ للباجي : (154/7 . 155) ، والشرح الكبير مع الدسوقي : (303/6 ، 308) ، وجواهر الإكليل شرح متن خليل للآبي : (284/1) ، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه ، بدون تاريخ ، والقوانين الفقهية لابن جزي ، ص:232)) ، وحاشية القليوبي على كنز الراغبين : (275/4) ، ومصنف عبد الرزاق ، كتاب : النكاح ، باب: تحليل الأمة: (270/6)، المكتب الإسلامي بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ . 1983م)، الاستبصار للطوسي : (136/3) ، والسنن الكبرى كتاب: الحدود، باب: فيمن أتى جارية امرأته: (240/8)، وكتاب: النكاح ، باب : الرجل يتزوج بجارية أمه .. وأنها لا تحل بالإحلال : (151/7 ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص : 144 ، وكنز الرّاغبين مع القليوبي: (275/4)، والكافي لابن قدامة : (203/4)).

([1]) النبيذ : في اللغة هو الطرح ، والترك ، والرمي . وسمي النبيذ نبيذاً ؛ لأنه ينبذ ، أي : يترك حتى يشتد . وهو في عرف الشرع : ما يعمل من الأشربة من التمر والزبيب والشعير ... ويطلق النبيذ على ما كان مسكراً أو غير مسكر . قال العلامة محمد الطاهرابن عاشور : "اسم النبيذ يطلق على الحلو والمختمر ، فصار اللفظ غير منضبط". راجع : (لسان العرب : (511/3) ، طبعة دار صادر ، والمصباح المنير : (810/2) . والنهاية في غريب الحديث والأثر : (7/5)، والتحرير والتنوير : (342/2)) .

حرام"[1]، و"ما أسكر كثيره فقليله حرام"[2]، وهو مذهب مالك والشافعي وأحمد بن حنبل[3] ، وأحد القولين في مذهب أبي حنيفة[4] . رضي الله عنهم وأرضاهم.

وذهب طائفة من العلماء من أهل الكوفة[5] إلى أن ما أسكر من غير الشجرتين[6] . النخيل والعنب . كنبيذ الحنطة والشعير أو الفاكهة أو العسل، إنما يحرم منه القدر المسكر[7]، وأما القليل الذي لا يسكر فلا، وهو مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه.

قال صاحب " تبيين الحقائق" : " .. حرمة هذه الأشياء دون حرمة الخمر، حتى لا يكفر مستحلها، ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر".[8]

وانتصر الإمام ابن تيمية . رحمه الله . لمذهب الجمهور في الحرمة ووجوب الحد، ومع ذلك، أعذر المخالفين من أهل العلم ، بأنهم لم تبلغهم الآثار التي استدل بها الجمهور، وأنهم سمعوا أن من السلف من شرب النبيذ ، فظنوا الذي شربوه كان مسكراً ، فتأولوا جوازه إذا لم يصل الشرب إلى حد الإسكار[9].

([1]) صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب: الأشربة ، باب: بيان أن كل مسكر خمر: (172/13) عن ابن عمر رضي الله عنهما.

([2]) رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وعن غيره من عدة طرق ، وروى أهل السنن مثله ، وصححه المنذري في مختصره . راجع : سنن الدارقطني مع التعليق المغني لأبي الطيب الآبادي من كتاب : الأشربة ، الحديث رقم (45) : (254/4 . 256) .

([3]) انظر: (الكافي لابن عبد البر، ص : 577، والمهذب للشيرازي : (366/2)، والمبدع شرح المقنع : (101.100/9)).

([4]) وهو قول محمد واختيار أبي الليث السمرقندي ، وقال بعض المشايخ بكراهة التحريم . راجع : حاشية أحمد الشلبي على تبيين الحقائق : (47/6) .

([5]) كالنخعي والشعبي وشريك وغيرهم . راجع : فتاوى ابن تيمية : (186/34) .

([6]) وهو ما ثبت من قوله . صلى الله عليه وسلم . : "الخمر من هاتين الشجرتين : النخلة والعنب" انظر : مسلم بشرح النووي ، كتاب : الأشربة ، باب : بيان أن جميع ما ينبذ مما يتخذ من النخل والعنب يسمى خمرا : (153/13) من رواية أبي هريرة . رضي الله عنه . .

([7]) وبهذا يتبين أن النبيذ إذا أسكر حرم اتفاقا ، ووجب فيه الحد ، حتى عند الحنفية . راجع : (الهداية : (354/2) ، وتبيين الحقائق : (45/6) ، والفقه النافع لأبي القاسم السمرقندي ، ص : 188) .

([8]) العلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي: (45/6) .

([9]) انظر : مجموع الفتاوى: (190/34 .191) .

ثم قال في موضع آخر : والصحيح أن المتأول المعذور لا يفسق ولا يأثم إذا شرب النبيذ المختلف فيه [1] .

وقال النووي[2] . رحمه الله . : ".. وأما سائر الأشربة المسكرة ؛ فهي في التحريم ووجوب الحد . عندنا . ؛ كعصير العنب ، لكن لا يكفر مستحلها ؛ لاختلاف العلماء فيها"[3] .

وهذه النصوص من هؤلاء الأئمة الأعلام . كما يبدو . ناطقة باعتبار الخلاف ، إذ أعملوا فيها لازم دليل المخالف دون مدلوله ؛ فقالوا بحرمة شرب النبيذ ، ولكن لم يرتبوا عليه ، إيجاب الحد عند طائفة . كما تقدم . ، ولم يرتبوا عليه جواز تكفير مستحله اتفاقاً .

وعند المالكية يحد شاربه في المشهور ، ولو كان حنفيا ؛ لضعف مدرك حلّه و "قيل لا يحد مراعاة للخلاف"[4] .

ومن أروع ما أثر عن الإمام أبي حنيفة . رحمه الله . قوله : "لو أُعطيت الدنيا بحذافيرها، لا أفتي بحرمته؛ لأن فيه تفيسق بعض الصحابة، ولو أعطيت الدنيا بحذافيرها، ما شربته؛ لأنه لا ضرورة فيه"[5] .

ففي هذا النص راعى الإمام أبو حنيفة . رحمه الله . الخلاف في صورتين، فلم يقل بحرمته استحساناً؛ للخلاف فيه، وفي نفس الوقت، كره شربه . توقيا واحترازاً . للخلاف في ذلك.

3 . التداوي بالخمر:

اختلف العلماء في حكم التداوي بالخمر إلى فريقين:

الفريق الأول : ذهب الحنفية وبعض المالكية وبعض الشافعية وابن حزم والثوري[1] إلى

([1]) انظر : المرجع ذاته: (135/32) .

([2]) سبق ترجمته .

([3]) روضة الطالبين وعمدة المفتين : (168/10) .

([4]) بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير لأحمد بن محمد الصاوي : (438/2) ، مصطفى بابي والحلبي ، الطبعة الأخيرة ، 1372هـ . 1952م ، وانظر : القوانين الفقهية، ص237) .

([5]) حاشية الشيخ أحمد الشلبي على تبيين الحقائق: (46/6) .

جواز شرب اليسير من الخمر للتداوي[2]، وذلك بالشروط التالية:

1 . أن يعلم يقيناً أن فيه الشفاء .

2 . عدم وجود دواء من الحلال يقوم مقامه .

3 . أن يخبر بذلك طبيب مسلم حاذق موثوق بدينه وأمانته .

4 . ألا يتجاوز موضع الضرورة .

5 . ألا يقصد المتداوي عند تناوله إياها اللذة والنشوة .

واحتجوا على ذلك بأنها حالة ضرورة، يدفع بها الإنسان الضر عن نفسه، والضرورات تبيح المحظورات، وقياسا على من أُكره على شربها، أو اضطر لذلك، لدفع غصة، وسائر ما يضطر الإنسان إليه، وقياساً على جواز شرب الأبوال النجسة[3] .

وحملوا الأحاديث الناهية عن التداوي بالخمر -الآتية الذكر - على ما كان من غير ضرورة مُلجئة[4].

الفريق الثاني : وذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة[5] إلى عدم جواز شرب الخمر للتداوي مطلقاً، واستدلوا على ذلك بما يلي:

أ . قوله . صلى الله عليه وسلم . : "إن الله لم يجعل شفائكم كما فيما حُرم عليكم"[1].

([1]) سبق ترجمته .

([2]) أجاز ابن العربي والقرطبي الانتفاع بالخمر للضرورة، وقيد ابن حبيب وابن الماجشون جواز ذلك إذا تغيّرت الخمر بالإحراق . كما قال العز بن عبد السلام بجواز الانتفاع بها لضرورة حفظ النفس. راجع: (الاختيار لتعليل المختار: (102/4)، وتبيين الحقائق: (46/6) ، وأحكام القرآن: (56/1) ، والجامع لأحكام القرآن : (231/2) ، وقواعد الأحكام: (95/1)، والمحلى: (371/10)).

([3]) مثل ما ثبت في نفر عرينة أو عكل الذين أجاز لهم النبي . صلى الله عليه وسلم . استعمال أبوال الإبل وألبانها للشفاء. انظر: صحيح البخاري، كتاب: الوضوء، باب: أبوال الإبل والدواب: (91/1). في الحقيقة هذا قياس مع الفارق لأن الخمر ليست بنجسة وإن كانت محرمة عند بعض المحققين . انظر: سبل السلام للصنعاني: (5/3) .

([4]) راجع : (الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي : (522 وما بعدها) ، وفقه الأشربة وحدها ، عبد الوهاب عبد السلام طويلة ص 101 وما بعدها ، دار السلام ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1406هـ . 1986م)) .

([5]) راجع : (الشرح الصغير للدردير مع بلغة السالك للصاوي: (439/2)، والمجموع : (51/9)، وكشاف القناع: (116/6)).

ب . قوله . صلى الله عليه وسلم . لما سأله أحد الصحابة[2] . رضي الله عنه . عن الخمر ؛ فنهاه ، فقال: "إنما أصنعها للدواء ؛ فقال : إنه ليس بدواء ، ولكنها داء"[3] .

ومما استدلوا به من المعقول إن الخمر محرمة لعينها ؛ فلم يبح التداوي بها ؛ كلحم الخنزير، وتحريمُ الخمر مقطوع به، وحصول الشفاء مشكوكُ فيه، ولا يغلب المشكوك فيه على المقطوع به.[4]

وبناء عليه ، قال الإمام النووي رحمه الله: "قال القاضي حسين[5] والغزالي : ... لا حدّ على المتداوي، وإن حكمنا بالتحريم؛ لشبهة الخلاف".[6]

4 . جاء في كشاف القناع : "وإن عجز ربُّ الدين عن استيفاءه ، أو عجز مجنيّ عليه عن استيفاء أرش جنايته ؛ فسرق قدر دينه ، أو قدر حقه . أي في أرش جنايته . فلا قطع ؛ لأن بعض العلماء أباح له الأخذ ؛ فيكون الاختلافُ في إباحة الأخذ ، شبهة تدرأ الحد ؛ كالوطء في نكاح مختلف في صحته"[7] .

الخاتمة

([1]) أخرجه البيهقي وصححه ابن حبان عن أم سلمة رضي الله عنها. راجع: السنن الكبرى: (5/10)، والإحسان بترتيب صحيح ابن حبان، للأمير علاء الدين بن بلبان الفارسي:(335/2)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1407هـ . 1987م.

([2]) هو طارق بن سويد الجعفي رضي الله عنه.

([3]) صحيح مسلم بشرح النووي ، كتاب : الأشربة ، باب : تحريم التداوي بالخمر : (152/13) .

([4]) راجع : فقه الأشربة وحدها ، ص : 102 وما بعدها .

([5]) هو الحسين بن محمد بن أحمد المَرْوَرُوْذِي الشافعي، أبو علي: من رفعاء الأصحاب في المذهب، فقيه أصولي، توفي . رحمه الله . سنة 462هـ، من آثاره: التعليق الكبير، وأسرار الفقه. راجع: (طبقات الشافعية للسبكي: (356/4)، وشذرات الذهب:(310/3)) .

([6]) روضة الطالبين: (170/10) .

([7]) البهوتي:144/6، دار الفكر - 1402هـ -1982م. وأجاز الشافعية في الأصح لصاحب الحق استيفاء حقه بأي طريق ، سواء أكان من جنس حقه ، أو من غير جنسه، لقوله تعالى : "وجزاء سيئة سيئة مثلها" [سورة الشورى ، الآية : 40] ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : "من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به" الذي أخرجه أبو داود في معالم السنن من كتاب: البيوع ، باب: الرجل يجد عين ماله عند رجل: (141/3).

ورأى الحنفية ذلك إذا كان المأخوذ من جنس حقه، أما إذا كان المأخوذ من غير جنسه؛ كأن كان عروضاً ، فيقطع، وعند أبي يوسف لا يقطع؛ لاختلاف العلماء فيه؛ فإن منهم من يرى جواز أخذ بدينه، لوجود المجانسة من حيث المالية ، كابن أبي ليلي، ومنهم من يرى جواز أخذه رهنا بحقه ، فأورث شبهة تدرأ الحد. راجع: فتح القدير: 377/5)، وتبيين الحقائق: (218/3 . 219)، ومغني المحتاج مع المنهاج: (171/4)، مصطفى البابي الحلبي، 1377هـ . 1958م.

في نهاية المطاف، يمكن القول بأن البحث قد اهتدى إلى جملة من النتائج، أهمها ما يلي:

1 . مراعاة الخلاف قد يكون بصورة الخروج منه، وقد يكون بغيره.

2 . تتميز قاعدة الخروج من الخلاف بالأخذ بالأشد، من باب الاحتياط والورع، بينما تتميز قاعدة مراعاة الخلاف . في غير صورة الخروج منه . بالأخذ باليسر، والنظر في المآل المفضي إلى المصلحة.

3 . يتحقق الجمع بين القولين في الخروج من الخلاف، فيما تقارب من الخلاف، في منع التنزيه، بينما يتحقق الجمع بين القولين في مراعاة الخلاف، فيما تباعد من الخلاف؛ حيث يقتضي كل قول ضدّ ما يقتضيه الآخر، في منع التحريم.

4 . يراعى الخلاف إذا كان قويّ المدرك، ودعت الضرورة لاعتباره، ولو كان دون حدّ المشهور.

5 . ليس كل قول مشهور راجحاً مطلقاً؛ إذ قد يكون القول راجحاً في أصل الحكم، ثم يصبح مرجوحاً؛ لظروف تنشأ، تستدعي نظراً جديداً في المسألة.

6 . المسائل المبنيّة على رعاية المصالح، تناط بالمجتهدين في علوم الشرع، ويحسن بهؤلاء أن يأخذوا باستشارة أهل التخصص في علوم العصر، إذا اقتضى الأمر.

7 . يعدّ الخلاف المعتبر شبهة تدرأ الحد عند جمهور العلماء ما عدا أهل الظاهر.

8 . ينبغي ألاّ يتوسع في رعي الخلاف بغير ضرورة معتبرة، وخصوصاً في مجال العبادات.

9 . ينبني على العمل بمراعاة الخلاف مسائل كثيرة، في أبواب الفقه المختلفة.

10 . يؤدي العمل بمراعاة الخلاف إلى استقرار العقود والمعاملات، وتفادي حصول المفسدة الراجحة؛ بالأخذ بمفهوم تحمّل أخف الضررين، وأهون الشرين.

11 . المعتبر في الخلاف، هو دليل المخالف، وليس الخلاف في ذاته، سواء كان خارج المذهب الواحد، أو حتى خارج المذاهب الأربعة.

12 . يجب أن تكون الفتوى بما تقرّر من الأحكام في المذاهب، ولا يلجأ إلى القول بمراعاة الخلاف إلا في مواطن الضرورة، والضرورة تقدّر بقدرها.

13 . يراعى الخلاف في مراعاة الخلاف انتهاء، وفي الخروج منه ابتداء.

14 . التلفيق بين الأقوال جائز، بشرط ألا يكون رفعاً لإجماع، وألا يناقض قواعد الشريعة ومقاصدها.

15. لا ينبغي مراعاة الخلاف في المسألة الواحدة مرتين بعد وقوع النازلة؛ لأن في ذلك ترك للمذهب بالكلية.

16 . إذا أتى المكلّف المحرَّم، وقصد بذلك تفويت الأمر، عومل بنقيض مقصوده، فلم يحكم له بإمضاء عقدٍ، ولا تصحيحه.

17 . مراعاة الخلاف من جملة أنواع الاستحسان، بيد أن الاستحسان هو أخذ بأقوى الدليلين، ومراعاة الخلاف، هي توسط بين موجب الدليلين.

18 . حصول الاختلاف في الأحكام مقصود للشارع؛ لما يترتب عليه، من الاجتهاد والنظر المفضي إلى كثرة الأجر والمثوبة، ولكن لا يجوز تعمد الخلاف، وإنما الواجب طلب الحق حيثما كان، فإن حصل اتفاق؛ فذلك أولى، وإن حصل خلاف؛ ساغ لنا التعامل معه، واعتباره بشروطه.

19 . لا يُفسق العالم، ولا يؤثم، إذا أخطأ في الحكم بتأويل، ولو خالف فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد، ويجب علينا بيان الحق له، وإقامة الحجّة عليه أمام الله، والدعاء له بالتوفيق، كل ذلك بملاطفة، وحسن أداء، ولا يسوغ التعنيف، والتغليظ، والتأديب . إذا اقتضى الأمر . إلا من الحاكم المسلم.

20 . يجب احترام السلطة الشرعية فيما تقرّر من أحكام، إذا كانت في مجال الاجتهاد، رعيا للمصلحة العامة، ودفعاً للتسلسل والفوضى واضطراب الأحكام، فإن حكم الحاكم أو الخليفة ومن ينوب عنه يرفع الخلاف، ولا شك أن الاتفاق، ولو على المفضول، خير من التفرق على الفاضل.

والله تعالى أعلم والرد إليه أسلم وأحكم. انتهى بحمد الله وتوفيقه بإسلام آباد، في ذي الحجة، 1420هـ. مارس، 2000م.

بقلم: مختار بن طيب قوادري.

فهرس الآيات القرآنية

الآيـة	الصفحة
{ إنما حرّم عليكم الميتة والدم...}	60
{حُرّمت عليكم أمهاتكم...}	88
{ ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا...}	88
{ فاجتنبوا الرجس من الأوثان...}	82
{ فاختلف الأحزاب من بينهم...}	10
{فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى ورباع...}	117
{ ففهمناها سليمان...}	81
{قل لا أجد فيما أوحي إليّ محرماً على طاعم يطعمه...}	130
{لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل...}	89
{لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم...}	89
{لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها...}	88
{الذين يستمعون القول فيتّبعون أحسنه...}	65
{ملة أبيكم إبراهيم ...}	28
{هذان خصمان اختصموا في ربّهم...}	31
{وإذا قرأ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون...}	26
{وأقيموا الصلاة...}	17
{وجزاء سيّئة سيئة مثلها...}	162
{وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث...}	83
{ولا تسبّوا الذين يدعون من دون الله...}	60
{ولا تقتلوا النفس التي حرّم الله إلا بالحق...}	88
{ولا تقربوا الزنا...}	17،88

الآيـة	الصفحة
{ وما جعل عليكم في الدين من خرج...}	80

{وما كان ربّك نسيّا...}	78
{والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء...}	13
{ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام...}	37
{ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات...}	21
{وينهى عن الفحشاء والمنكر...}	88
{يا أيّها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات...}	61
{يا أيّها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة...}	29
{يا أيّها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة...}	151
{يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر...}	71
{ يؤتي الحكمة من يشاء ومن يؤت الحكمة فقد أوتي خيرا كثيرا... }	أ

فهرس الأحاديث الشريفة

الحديث	الصفحة
اختلاف أصحابي لكم رحمة...	77
اختلاف أمتي رحمة...	77
ادرؤوا الحدود بالشبهات...	154
إذا حكم الحاكم فاجتهد ثمّ أصاب...	37،83
إذا استنصح أحدكم أخاه فانصحه ..	148
أصحابي كالنجوم بأيّهم اقتديتم اهتديتم...	80
أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه...	72
اقرأ ما تيسر معك...	27
ألا ومن كان قبلكم كانوا يتخذون قبور أنبيائهم وصالحيهم مساجد...	34
إنّ الله تعالى فرض فرائض فلا تضيّعوها...	77
إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم...	162
إنه ليس بدواء ولكنها داء...	162
إني أقول مالي أنازع القرآن...	25
أيّما امرأة نكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل...	107
بئسما اشتريت وبئسما شريت...	152
بل اكتب هذا ما رأى عمر...	84
الثيّب أحق بنفسها من وليّها...	15
الخمر من هاتين: النخلة والعنب...	159
ذكاة الجنين ذكاة أمّه...	13
رأيت في الكلالة رأيا..	84
صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته...	131

الحديث	الصفحة
فصل ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكلة السحر...	34
فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ..	54
القضاة ثلاثة...	83
لا تتلقوا الجلب ..	145
لا تزوج المرأة المرأة...	107
لا تصل...	88
لا تفعلوا إلا بأم القرآن...	25
لا تقطع الأيدي في الغزو...	62
لا تناجشوا..	148
لا توتروا بثلاث وتشبهوا بالمغرب...	121
لا صلاة إلاّ بفاتحة الكتاب...	25،26
لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب...	12
لا طلاق في إغلاق...	20
لا نكاح إلا بولي...	62،133
لا يبيع حاضر لباد ودعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض...	146
لا يبيع الرجل على بيع أخيه..	147
لا يُجمع بين المرأة وعمّتها...	61
لا يصلّين أحدكم العصر إلا في بني قريظة...	38،80
لا يسوم على سوم أخيه...	147
لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب...	136
لعن الله المحلّل والمحلل له...	137
لعن النبي (صلى الله عليه وسلم) الواصلة المستوصلة...	104
ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوة الجاهلية...	34
الماء طهور لا ينجسه شيء...	124
مطل الغني ظلم...	22

الحديث	الصفحة
من أكل ناسياً وهو صائم...	72
من تشبه بقوم فهو منهم...	34
من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو ردّ...	92
من كان له إمام فقراءته له قراءة ..	26
من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به...	162
نهى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أن يبيع حاضر لباد ولا تناجشوا	145
نهى النبي (صلى الله عليه وسلم) عن التلقي...	144
نهى عن ثمن الكلب إلا كلب الصّيد...	149
نهى عن الشغار...	50
هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش واحتجبي منه يا سودة...	105
واحتجبي منه يا سودة...	106
ولخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك...	10
ويل للأعقاب من النار...	30
يا عائشة لولا أنّ قومك حديث عهد بجاهلية...	61

فهرس الأعلام المترجم لهم

الاسم أو الكنية	سنة الوفاة	الصفحة
. حرف الألف .		
أحمد بن محمد بن حنبل	241هـ	29
الآمدي، علي بن محمد	631هـ	36
. حرف الياء .		
الباجي، سليمان بن خلف	493هـ	4
الباقلاني، محمد بن الطيب	403هـ	91
البزدوي، فخر الإسلام علي بن محمد	482هـ	66
بُسر بن أرطأة، عمرو بن عويمر	.	62
أبو بكر، عبد الله بن أبي قحافة	13هـ	27
. حرف التاء .		
ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم	728هـ	18
. حرف الثاء .		
الثوري، سفيان بن سعيد	161هـ	7
. حرف الجيم .		
جابر بن عبد الله	78هـ	26
ابن جرير الطبري	310هـ	31
ابن جزي، محمد بن أحمد الكلبي	741هـ	143
أبو جعفر المنصور	158هـ	16
الجويني، عبد الملك بن عبد الله	478هـ	91
. حرف الحاء .		
ابن حزم، علي بن أحمد الأندلسي	456هـ	15
الحسن بن علي بن أبي طالب	49هـ	108

الاسم أو الكنية	سنة الوفاة	الصفحة
أبو الحسين البصري، محمد بن علي	436هـ	45
الحسين بن محمد بن أحمد القاضي	462هـ	162
أبو حنيفة ، النعمان بن ثابت	80هـ	27
. حرف الخاء .		
الخشني ، أبو ثعلبة	75هـ	77
الخطابي، حمد بن محمد	388هـ	45
. حرف الدال .		
أبو الدرداء ، عويمر بن مالك	.	78
الدهلوي، شاه ولي الله	1776هـ	11
. حرف الراء .		
الرازي، محمد بن عمر	606هـ	91
الرشيد، هارون بن محمد المهدي	193هـ	128
ابن رشد، محمد بن أحمد (الجد)	520هـ	56
ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد (الحفيد)	595هـ	25
. حرف الزاي .		
أبو زهرة، محمد أحمد	1395هـ	11
الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر	794هـ	18
زقلام، محمد فاتح	.	5
الزهري، محمد بن مسلم	124هـ	108
. حرف السين .		
ابن السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي	771هـ	55
سحنون، عبد السلام بن سعيد	20هـ	56
سعيد بن المسيّب	93هـ	104
سعد بن أبي وقاص	55هـ	105
ابن السمعاني، منصور بن محمد	489هـ	66

الاسم أو الكنية	سنة الوفاة	الصفحة
ابن السيد البطليوسي	521هـ	11
سودة بنت زمعة، أم المؤمنين	54هـ	105
ـ حرف الشين ـ		
الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي	790هـ	4
الشافعي، محمد بن إدريس	204هـ	36
الشريف التلمساني، محمد بن أحمد	771هـ	92
الشوكاني، محمد بن علي	125هـ	21
ـ حرف العين ـ		
ابن عابدين، محمد أمين بن عمر	1252هـ	101
عائشة، أم المؤمنين	57هـ	61
عبادة بن الصامت	34هـ	15
ابن عباس، عبد الله	68هـ	17
ابن عبد البر، يوسف بن عمر	463هـ	2
عبد الرحمن بن كيسان الأصم	201هـ	150
عبد بن زمعة	.	105
ابن عبد السلام، أبو عبد الله محمد الفاسي	749هـ	115
عبد الله دراز	.	63
عبد الوهاب بن علي الثعلبي البغدادي	422هـ	42
عتبة بن أبي وقاص	.	106
ابن العربي، محمد بن عبد الله	543هـ	41
ابن عرفة، محمد بن محمد	803هـ	2
عز الدين بن عبد السلام	660هـ	54
عطاء بن أبي رباح	114هـ	7
عمر بن الخطاب	23هـ	28
عمر بن عبد العزيز	101هـ	
		79

الاسم أو الكنية	سنة الوفاة	الصفحة
ابن عمر، عبد الله	.	16
أبو عمران الفاسي، موسى بن عيسى	430هـ	112
عياض بن موسى القاضي	544هـ	4
. حرف الغين .		
الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد	505هـ	36
. حرف الفاء .		
ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي	799هـ	122
. حرف القاف .		
القاسم بن محمد	201 هـ أو202هـ	77
ابن القاسم، عبد الرحمن العتقي	191هـ	2
القباب، أحمد بن قاسم	779هـ	4
ابن قدامة، شمس الدين محمد بن أحمد	744هـ	67
القرافي، أحمد بن إدريس	684هـ	47
القفال الشاشي، محمد بن علي	365هـ	91
ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب	751هـ	14
. حرف الكاف .		
ابن كثير، إسماعيل بن عمر	774هـ	31
الكرخي، عبيد الله بن الحسن	340هـ	67
كعب الأحبار بن مانع الحميري	32هـ	33
الكمال بن الهمام	861هـ	24
. حرف الميم .		
مالك بن أنس الأصبحي، إمام دار الهجرة	179هـ	2
المريسي، بشر بن غياث	217هـ	82
ابن مسعود، عبد الله الهذلي	32هـ	17
معاوية بن أبي سفيان	60هـ	108

الاسم أو الكنية	سنة الوفاة	الصفحة
. حرف النون .		
النووي، يحي بن شرف	676هـ	77
. حرف الهاء .		
أبو هريرة، عبد الرحمن بن صخر	59هـ	26
الهسكوري، صالح	653هـ	74
. حرف الواو .		
وهب بن المنبه اليماني	110هـ	33
. حرف الياء .		
أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي	182هـ	129

ثبت المصادر والمراجع

. القرآن الكريم .

أولا : كتب التفسير :

1. أحكام القرآن ، لابن العربي ، دار المعارف . بيروت ، بدون تاريخ .
2. تفسير التحرير والتنوير ، لابن عاشور ، الدار التونسية للنشر ، 1984م .
3. تفسير القرآن العظيم ، لابن كثير ، دار المعرفة . بيروت ، 1406هـ . 1986م .
4. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، دار الكتب العربي . القاهرة ، 1387هـ .1967م
5. جامع البيان عن تأويل آي القرآن ، لابن جرير الطبري ، دار الفكر . بيروت ، 1408هـ . 1988م .
6. الكشاف للزمخشري ، دار الكتب العربي . بيروت ، بدون تاريخ .
7. مفاتيح الغيب للرازي ، دار الفكر . بيروت ، 1398هـ . 1978م .

ثانيا : كتب الحديث :

8. الإحسان بترتيب ابن حبان ، لابن بلبان الفارسي ، دار الكتب العربية . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1407هـ . 1987م .
9. الأربعون النووية ، نشر قصي محب الدين الخطيب . المطبعة السلفية ، بدون تاريخ.
10. بلوغ المرام لابن حجر مع إتحاف الكرام للمباركفوري، دار الفيحاء ، الطبعة الأولى، 1413هـ . 1992م .
11. تحفة الأحوذي بشرح سنن الترمذي ، للمباركفوري ، دار الفكر ، الطبعة الثالثة ، 1399هـ . 1979م .
12. تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، الطبعة العربية . لاهور ، بدون تاريخ
13. جامع الأصول من أحاديث الرسول، لأبي السعادات بن الأثير، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي . بيروت ، الطبعة الثانية ، 1400هـ . 1980م.
14. جامع بيان العلم وفضله ، لابن عبد البر ، دار الكتب العلمية . بيروت ، بدون تاريخ
15. الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، لابن حجر ، نشر المكتبة الأثرية . باكستان، د.ت.
16. الروضة الندية شرح الدرر البهية ، صديق بن حسن القنوجي ، دار الجيل . بيروت، د.ت.
17. سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني، دار نشر الكتب الإسلامية . لاهور، د.ت.
18. سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة لناصر الدين الألباني ، المكتب الإسلامي . بيروت،

الطبعة الخامسة، 1405هـ . 1985م .

19. سنن الدارقطني مع التعليق المغني للعظيم آبادي ، عالم الكتب بيروت ، الطبعة الرابعة، 1402هـ . 1986م .

20. السنن الكبرى ، للبيهقي ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

21. سنن ابن ماجة : ـ تحقيق : محمد مصطفى الأعظمي ، شركة الطباعة العربية . الرياض ، 1404هـ . 1984م.

. دار المعرفة . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1416هـ . 1996م .

22. شرح أبي عبد الله الآبي المالكي على صحيح مسلم ، مطبعة السعادة . مصر ، الطبعة الأولى ، 1327هـ .

23. شرح السنّة للبغوي ، تحقيق : زهير الساويش ، وشعيب الأرناؤوط ، المكتب الإسلامي . بيروت ، الطبعة الثانية ، 1403هـ . 1983م .

24. شرح الموطأ ، للزرقاني ، دار المعرفة . بيروت ، 1409هـ . 1989م .

25. صحيح البخاري ، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا ، دار ابن كثير . بيروت ، ودار اليمامة . دمشق ، الطبعة الثالثة ، 1407هـ . 1987م .

26. صحيح مسلم ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي . بيروت، بدون تاريخ .

27. صحيح سنن أبي داود ، للألباني بمساعدة زهير الشاويش ، نشر مكتب التربية لدول الخليج ، الطبعة الأولى، 1409هـ . 1989م .

28. صحيح مسلم بشرح النووي، دار الفكر . بيروت، الطبعة الثانية، 1392هـ . 1972م

29. عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي لابن العربي ، دار إحياء التراث العربي . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1415هـ . 1995م .

30. عون المعبود شرح سنن أبي داود ، للعظيم آبادي ، دار الفكر ، الطبعة الثالثة ، 1399هـ . 1979م .

31. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لابن حجر ، طبعة مكتبة القاهرة، 1398هـ . 1978م .

32. الفتح الرباني ترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني مع شرحه بلوغ الأماني ، لأحمد عبد الرحمن البنّا ، دار الشهاب . القاهرة ، بدون تاريخ .

33. فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوي ، دار المعرفة . بيروت . بدون تاريخ .

34. القبس شرح الموطأ، لابن العربي، تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم ، دار الغرب الإسلامي .

بيروت، الطبعة الأولى ، 1992م .

35. كشف الخفا ومزيل الإلباس للعجلوني ، دار التراث الإسلامي . حلب ، ودار التراث . القاهرة ، بدون تاريخ .

36. المستدرك للحاكم مع تلخيص الذهبي ، مكتبة النصر الحديثة . الرياض ، بدون تاريخ.

37. مصنف ابن أبي شيبة ، تحقيق : مختار أحمد الندوي ، طبعة إدارة القرآن كراتشي ، 1406هـ . 1987م .

38. المصنف لعبد الرزاق ، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي ، نشر المجلس العلمي . المكتب الإسلامي . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1392هـ . 1972م .

39. معالم السنن شرح سنن أبي داود، للخطابي، دار الكتب العلمية . بيروت ، 1416هـ . 1996م.

40. المنتقى شرح الموطأ للباجي ، دار الكتاب العربي . بيروت ، وطبع مطبعة السعادة . مصر ، الطبعة الأولى ، 1332هـ.

41. الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي ، للإمام مالك ، دار النفائس . بيروت ، الطبعة السادسة ، 1402هـ . 1982م.

42. نصب الراية لأحاديث الهداية ، للزيلعي ، المركز الإسلامي . الأهرام ، بدون تاريخ.

43. نيل الأوطار ، للشوكاني :

. دار الجيل . بيروت ، 1973م.

. مصطفى البابي الحلبي وشركاه، الطبعة الثانية، 1371هـ . 1952م .

ثالثا : كتب الفقه :

1 . كتب الحنفيّة :

44. الاختيار لتعليل المختار لابن مودود مع تعليقات أبي دقيقة ، المكتبة الإسلامية . استانبول ، الطبعة الثانية ، 1370هـ . 1951م .

45. البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، لابن نجيم ، المكتبة الماجدية . كويته ، باكستان، د.ت.

46. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، للكاساني ، مطبعة العاصمة ش الفلكي . القاهرة، د.ت.

47. تبيين الحقائق ، للزيلعي ، مع حاشية أحمد الشلبي، مكتبة إمدادية ملتان، باكستاند.ت

48. تحفة الفقهاء ، السمرقندي ، دار الكتب العلمية . بيروت ط1، 1405هـ . 1984م .

49. حاشية ابن عابدين ، مع تكملتها لمحمد علاء الدين أفندي:

. مصطفى البابي الحلبي وشركاه . مصر ، الطبعة الثانية، 1386هـ . 1966م،

. المكتبة الماجدية . كويته، باكستان، الطبعة الأولى، 1399م .

50. حاشية الشرنبلالي على الدرر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خصرو ، مطبعة أحمد كامل ، دار السعادة ، 1329هـ .
51. رؤوس المسائل الخلافية بين الحنفية والشافعية للزمخشري ، تحقيق : عبد الله نذير أحمد ، دار البشائر . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1407هـ . 1987م .
52. رسائل ابن عابدين ، طبعة سهيل أكاديمي . لاهور، باكستان، 1396هـ . 1976.
53. فتاوى النوازل ، لأبي الليث السمرقندي ، حيدر آباد . الهند ، بدون تاريخ .
54. فتح القدير للكمال بن الهمام ، مع العناية شرح الهداية للبابرتي ، دار الفكر ، الطبعة الثانية ، 1397هـ . 1977م .
55. الفقه النافع ، لأبي القاسم السمرقندي ، نشر مجمع البحوث الإسلامية بالجامعة الإسلامية العالمية . إسلام آباد ، الطبعة الأولى ، 1996م .
56. المبسوط ، للسرخسي ، دار المعرفة . بيروت ، الطبعة الثالثة ، وأعيد طبعه بالأوفست ، 1398هـ . 1978م .
57. مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح ، للشرنبلالي ، نشر مكتبة إمدادية ملتان، باكستان، د.ت
58. الهداية في شرح بداية المبتدي ، للمرغيناني ، دار إحياء التراث العربي . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1416هـ . 1995م .
59. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لابن رشد (الحفيد) ، مكتبة نزار مصطفى الباز . مكة المكرمة ، الرياض ، 1415هـ . 1995م .
60. بلغة السالك لأقرب المسالك ، للصاوي مع الشرح الصغير للدردير ، مصطفى بابي الحلبي ، الطبعة الأخيرة ، 1372هـ . 1952م .
61. البهجة شرح التحفة ، لابن عبد السلام ، مصطفى بابي الحلبي ، الطبعة الثانية ، 1370هـ . 1951م .
62. البيان والتحصيل على المستخرجة ، لابن رشد (الجد) ، تحقيق : د. محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي ، 1404هـ . 1984م .
63. تبصرة الحكام لابن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة، ط1 ، 1406هـ . 1986م.
64. جواهر الإكليل شرح متن خليل للآبي، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه، بدون تاريخ.
65. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير مع تقريرات عليش ، دار الكتب العلمية . بيروت، الطبعة الأولى ، 1417هـ . 1996م .

66. شرح حدود ابن عرفة ، لأبي عبد الله الرصاع ، تحقيق : محمد أبو الأجفان ، والطاهر المعموري ، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، 1993م.
67. شرح الخرشي على مختصر خليل ، دار الفكر ، بدون تاريخ.
68. فتاوى الشاطبي، تحقيق: محمد أبو الأجفان، تونس، ضمن سلسلة من آثار فقهاء الأندلس، الطبعة الثانية، 1406هـ . 1985م .
69. فتح العلي المالك للشيخ عليش، مصطفى البابي الحلبي . مصر، 1378هـ . 1958م.
70. الكافي لابن عبد البر ، دار الكتب العلمية . بيروت ، ط1 ، 1407هـ . 1987م .
71. كفاية الطالب الرباني شرح رسالة أبي زيد القيرواني ، لعلي بن خلف المنوفي ، مع حاشية العدوي ، تحقيق : أحمد حمدي إمام ، مطبعة المدني . مصر ، الطبعة الأولى، 1409هـ . 1989م .
72. مختصر خليل ، تصحيح وتعليق : الطاهر أحمد الزاوي ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى الحلبي ، بدون تاريخ .
73. المدونة للإمام مالك مع مقدمات ابن رشد (الجد) :
. نشر دار الفكر . بيروت ، 1406هـ . 1986م . مطبعة السعادة . مصر ، 1323هـ . دار الكتاب العلمية . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1415هـ . 1994م .
74. المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، للونشريسي ، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية . المغرب ، بدون تاريخ .
75. المعونة على مذهب عالم المدينة ، للقاضي عبد الوهاب ، نشر المكتبة التجارية . مكة المكرمة ، بدون تاريخ .
76. منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى ، لإبراهيم اللاقاني ، تحقيق : زياد محمد محمود حميدان ، دار الأحباب . بيروت ، 1992م .
77. مواهب الجليل من أدلة خليل، للشنقيطي، إحياء التراث الإسلامي . قطر، 1403هـ . 1983م.

3 . كتب الشافعية :

78. الإقناع في حلّ ألفاظ أبي شجاع ، لمحمد الشربيني الخطيب ، دار المعرفة . بيروت، د.ت
79. الأم ، للإمام الشافعي ، دار المعرفة . بيروت ، بدون تاريخ .
80. التهذيب في أدلة متن التقريب ، د. مصطفى البغا ، نشر دار الإمام البخاري . دمشق، الطبعة الأولى ، 1398هـ . 1978م .
81. حاشية إعانة الطالبين على فتح المعين لابن السيد الدمياطي ، البابي الحلبي، الطبعة الثانية،

1356هـ . 1938م .

82. حاشية سليمان الجمل على شرح المنهج ، لزكريا الأنصاري ، دار إحياء التراث العربي . بيروت ، بدون تاريخ .

83. روضة الطالبين وعمدة المفتين ، للنووي ، المكتب الإسلامي ، الطبعة الثانية ، 1405هـ . 1985م .

84. كنز الراغبين بشرح المنهاج مع حاشيتي القليوبي وعميرة ، لجلال الدين المحلّي ، دار الكتب العلمية . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1417هـ . 1997م .

85. المجموع شرح المهذب ، للنووي مع تكملة المطيعي ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

86. مغني المحتاج إلى شرح المنهاج ، لمحمد الشربيني الخطيب :

. دار إحياء التراث العربي . بيروت ، بدون تاريخ .

. مصطفى البابي الحلبي ، 1377هـ . 1958م .

87. المهذب ، للشيرازي :

. مطبعة البابي الحلبي . مصر : ط2، 1379هـ . 1959م، ط3، 1396هـ . 1976م

. دار الفكر . بيروت ، بدون تاريخ.

88. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، لشمس الدين الرملي ، نشر المكتبة الإسلامية ، للحاج رياض الشيخ ، بدون تاريخ .

4 . كتب الحنابلة :

89. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي ، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث ، 1400هـ . 1980م .

90. الروض المربع بشرح زاد المستقنع ، للبهوتي ، تحقيق : محمد عبد الرحمن عوض ، دار الكتاب العربي ، الطبعة الأولى ، 1405هـ . 1985م.

91. الشرح الكبير لابن قدامة، دار الفكر ، بدون تاريخ .

92. شرح المبدع لابن مفلح مع المقنع لابن قدامة ، المكتب الإسلامي ، بدون تاريخ .

93. العدة شرح العمدة ، لعبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي ، دار الفكر . بيروت ، د.ت.

94. الكافي لابن قدامة، المكتب الإسلامي . بيروت، ط5، 1408هـ . 1988م.

95. كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي:

. نشر مكتبة النصر الحديثة . الرياض، بدون تاريخ .

. دارالفكر - 1402هـ - 19082م.

96. مجموع الفتاوى ، لابن تيمية، طبعة الرئاسة العامة لشؤون الحرمين.
97. المغني ، لابن قدامة على مختصر الخرقي ، مكتبة الرياض الحديثة ، 1401هـ . 1981م.
98. منتهى الإرادات ، لتقي الدين الفتوحي ، تحقيق : عبد الغني عبد الخالق ، عالم الكتب، د.ت

5 ـ كتب الظاهرية :

99. المحلّى ، لابن حزم ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

6 ـ كتب الإباضية :

100. النيل وشفاء العليل ، لمحمد بن يوسف طفيش، نشر وزارة التراث القومي والثقافة . سلطة عمان ، 1407هـ . 1986م .

7 ـ كتب الشيعة :

101. الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، لأبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، تحقيق: محمد الأخوندي، نشر دار الكتب الإسلامية . طهران، 1390هـ . ق .
102. فقه من لا يحضره الفقيه، لابن بابوية القمي، دار الكتب الإسلامية . طهران، 1390 هـ. ق.
103. وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة ، لمحمد بن الحسن الحر العاملي ، دار إحياء التراث العربي . بيروت ، بدون تاريخ .

8 ـ كتب متفرقة :

104. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات الإمام ، للقرافي ، تحقيق : عبد الفتاح أبو غدة ، مكتب المطبوعات الإسلامية . حلب ، 1387هـ . 1967م .
105. إحياء علوم الدين ، لأبي حامد الغزالي، مطبعة الحلبي . مصر ، بدون تاريخ .
106. أدب الاختلاف في الإسلام، طه جابر العُلواني، سلسلة كتاب الأمة . رقم: 9 ، ط1، د.ت
107. أسباب اختلاف الفقهاء، د. عبد الله بن عبد المحسن . الرياض، ط1، 1397هـ . 1977م
108. إعلام الموقعين عن رب العالمين ، لابن القيم ، دار الجيل . بيروت ، 1973م .
109. اقتضاء الصراط المستقيم في مخالفة أهل الجحيم ، لابن تيمية ، تحقيق : د. نصر بن عبد الكريم العقل ، مطبعة العبيكان . الرياض ، الطبعة الأولى ، 1404هـ .
110. التشريع الجنائي الإسلامي ، عبد القادر عودة، دار الكتاب العربي . بيروت، بدون تاريخ.
111. تهذيب مدارج السالكين ، لعبد المنعم صالح العلي العزّي ، المكتبة العلمية ، بدون تاريخ .
112. الجريمة ، محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي ، بدون تاريخ .
113. حجة الله البالغة ، لشاه ولي الله الدهلوي ، المكتبة السلفية . لاهور ، بدون تاريخ .
114. دراسات في الاختلافات الفقهية ، د. محمد أبو الفتح البيانوني ، دار السلام . المدينة المنورة ،

الطبعة الثالثة ، 1405هـ . 1985م .

115. رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، لأبي عبد الله الدمشقي ، دار الكتب العلمية . بيروت، الطبعة الأولى ، 1407هـ . 1987م.

116. رفع الملام عن الأئمة الأعلام، لابن تيمية، تحقيق: حسين الجميل، نشر مكتبة التراث الإسلامي . القاهرة، بدون تاريخ.

117. الصحوة الإسلامية بين الاختلاف المشروع والتفرق المذموم د. يوسف القرضاوي، مؤسسة الرسالة، بيروت ، ط1، 1411هـ . 1990م.

118. فقه الأشربة وحدّها ، عبد الوهاب عبد السلام طويلة ، دار السلام . القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1406هـ . 1986م .

119. الفقه الإسلامي وأدلته ، د. وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

120. فقه السنة ، سيد سابق ، دار الفتح للإعلام العربي ، الطبعة الثانية ، 1411هـ . 1990م.

121. المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي ، د. عبد السلام محمد الشريف ، دار الغرب الإسلامي . بيروت ، 1406هـ . 1986م .

122. مجموعة بحوث فقهية، د. عبد الكريم زيدان ، مؤسسة الرسالة ، 1402هـ . 1982م .

123. محاضرات في الفقه المقارن ، د. محمد سعيد رمضان البوطي ، دار الفكر . دمشق، ودار الفكر المعاصر . لبنان ، الطبعة الثانية ، 1401هـ . 1981م .

124. الملكية ونظرية العقد ، محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي ، بدون تاريخ .

125. الموسوعة الفقهية، نشر وزارة الأوقاف . الكويت، ط2، 1406هـ . 1986م.

رابعاً : كتب أصول الفقه وقواعده العامة :

126. الإبهاج في شرح المنهاج ، لتاج الدين السبكي، دار الكتب العلمية . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1404هـ . 1984م .

127. أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء ، د. مصطفى سعيد الخن ، الطبعة الثالثة ، مؤسسة الرسالة ، 1402هـ . 1982م .

128. الإحكام في أصول الأحكام ، للآمدي ، مطبعة المعارف ، 1313هـ . 1914م .

129. الإحكام في أصول الأحكام ، لابن حزم ، تحقيق : أحمد محمد شاكر:
. إدارة الطباعة المنيرية . مصر ، الطبعة الأولى ، 1347هـ . 1927م .
. نشر دار الآفاق الجديدة . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1400هـ . 1980م .

130. إحكام الفصول في أحكام الأصول ، لأبي الوليد الباجي ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ،

1409هـ . 1989م .

131. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، للشوكاني ، مكتبة نزار مصطفى الباز . مكة المكرمة ، الرياض ، الطبعة الأولى ، 1417هـ . 1997م .

132. الاستصلاح والمصالح المرسلة في الشريعة الإسلامية وأصول فقهها ، مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم . دمشق ، الطبعة الأولى ، 1408هـ . 1988م .

133. أصول الفقه ، د. حسين حامد حماد ، دار النهضة العربية ، 1970م .

134. أصول الفقه ، للسرخسي ، تحقيق : أبو الوفاء الأفغاني ، دار المعرفة . بيروت ، د.ت

135. أصول الفقه ، د. وهبة الزحيلي ، دار الفكر . دمشق الطبعة الأولى ، 1986م .

136. الاعتصام ، للشاطبي ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

137. البحر المحيط في أصول الفقه ، للزركشي، طبع وزارة الأوقاف . الكويت، بدون تاريخ.

138. البرهان في أصول الفقه ، للإمام الجويني ، تحقيق : د. عبد العظيم محمد ديب ، نشر إدارة الشؤون الدينية . قطر ، الطبعة الأولى ، 1399هـ .

139. التحرير لابن الهمام مع تيسير التحرير لأمين بادشاه، دار الكتب العلمية . بيروت،د.ت.

140. تحفة الرأي السديد الأحمد لضيا التقليد والمجتهد للحسيني، مطبعة كردستان العلمية- مصر، 1326هـ .

141. تسهيل الوصول إلى علم الأصول ، للمحلاوي ، البابي الحلبي ، مصر ، بدون تاريخ.

142. التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعيّة ، عبد اللطيف عبد الله البرزنجي ، دار الكتب العلمية . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1413هـ . 1993م .

143. تعليل الأحكام، محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية بيروت، 1401هـ . 1981م.

144. تفسير النصوص، د. محمد أديب صالح ، المكتب الإسلامي . بيروت ، دمشق ، الطبعة الثالثة ، 1404هـ . 1984م .

145. التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ، دار الكتب العلمية . بيروت ، الطبعة الثانية ، 1403هـ . 1983م .

146. التوضيح لمتن التنقيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود مع شرحه التلويح لسعد الدين التفتازاني ، دار الكتب العلمية . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1416هـ . 1996م .

147. جماع العلم ، للإمام الشافعي ، تحقيق : أحمد محمد شاكر ، مطبعة المعارف . مصر، 1359هـ . 1940م .

148. الجواهر الثمينة في أدلة عالم المدينة ، للمشاط، تحقيق : عبد الوهاب بن إبراهيم ، دار الغرب

الإسلامي . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1406هـ . 1986م .

149. الرسالة ، للإمام الشافعي ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق . مصر ، سنة 1321هـ.

150. روضة الناظر وجنّة المناظر مع نزهة الخاطر العاطر ، لابن قدامة ، دار الكتب العلمية . بيروت ، بدون تاريخ .

151. شرح تنقيح الفصول ، للقرافي، دار الفكر . بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ ، 1997م .

152. شرح اللّمع في أصول الفقه ، لأبي إسحاق الشيرازي ، تحقيق : د. علي بن عبد العزيز العميريني ، دار البخاري . القصيم ، بريدة ، 1407هـ . 1987م .

153. ضوابط المصلحة ، د. البوطي ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الخامسة ، 1410هـ . 1990م.

154. عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، سعيد الباني، مطبعة حكومة دمشق، 1341هـ . 1923م.

155. فواتح الرحموت بشرح مسلّم الثبوت على هامش المستصفى ، عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري ، مطبعة بولاق ، الطبعة الأولى ، 1322هـ .

156. كشف الأسرار على أصول البزدوي ، لعبد العزيز بن أحمد البخاري :

. نشر الصدف ببلشرز . كراتشي ، بدون تاريخ. . دار الكتاب العربي . بيروت، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي، ط1 ، 1411هـ . 1991م.

157. المحصول في علم الأصول للرازي ، تحقيق : د. طه جابر العلواني ، نشر جامعة الإمام ابن سعود ، الطبعة الأولى ، 1399هـ . 1979م .

158. مختصر المنتهى لابن الحاجب مع حاشية العضد، طبعة حسن حلمي الريزوي، 1307هـ.

159. المستصفى من علم الأصول ، للغزالي :

. دار الكتب . بيروت ، 1403هـ . 1983م .

. طبعة بولاق . مصر ، الطبعة الأولى ، 1322هـ .

160. المعتمد في أصول الفقه ، لأبي الحسين البصري ، تحقيق : خليل الميس ، دار الكتب العلمية . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1403هـ . 1984م .

161. الموافقات في أصول الشريعة ، لأبي إسحاق الشاطبي مع تعليق د. عبد الله دراز ، دار الكتب العلمية . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1411هـ . 1991م .

162. ميزان الأصول في نتائج العقول، علاء الدين السمرقندي، تحقيق: د. محمد زكي عبد البر، إحياء التراث الإسلامي . قطر، الطبعة الأولى، 1404هـ . 1984م .

163. نشر البنود على مراقي السّعود ، لعبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي ، دار الكتب العلميّة . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1409هـ . 1988م .

164. نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة المرسلة ، محمد عبد اللطيف فرفور ، دار دمشق ، الطبعة الأولى ، 1987م .
165. نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، د. حسين حامد حسّان ، نشر مكتبة المتنبي القاهرة، 1981م.
166. نفائس الأصول في شرح المحصول ، للقرافي ، تحقيق : عادل أحمد ، وعلي محمد ، مكتبة نزار مصطفى الباز ، الطبعة الأولى ، 1416هـ . 1995م .
167. نهاية السّول في شرح منهاج الأصول ، لجمال الدين الإسنوي ، عالم الكتب ، بدون تاريخ .
168. الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان، دار الكتب الإسلامية . لاهور، د.ت
169. الوصول إلى الأصول، لأحمد بن علي البغدادي، تحقيق: د. عبد الحميد أبو زنيد، مكتبة المعارف . الرياض، 1403هـ . 1982م.

خامساً : كتب القواعد الفقهية :

170. الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ، إدارة القرآن . كراتشي ، بدون تاريخ .
171. الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي، دار الكتب العلمية . بيروت، الطبعة الأولى ، 1411هـ . 1991م .
172. الأشباه والنظائر للسيوطي ، تحقيق : علاء السعيد ، مكتبة الباز . مكة المكرمة، د.ت.
173. الفروق ، لشهاب الدين القرافي ، عالم الكتب . بيروت ، بدون تاريخ .
174. قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، لعز الدين بن عبد السلام ، دار الجيل . بيروت ، الطبعة الثانية ، 1400هـ . 1980م .

سادساً : كتب الجدل والمناظرة :

175. تاريخ الجدل، لأبي زهرة، دار الفكر العربي، بدون تاريخ .
176. ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، عبد الرحمن حسن حبنّكة ، دار القلم . دمشق ، الطبعة الثالثة ، 1408هـ . 1988م .

سابعاً : كتب التراجم :

177. أبو زهرة إمام عصره، أبو بكر عبد الرزاق، دار الاعتصام . القاهرة، بدون تاريخ .
178. الاستيعاب لابن عبد البر ، تحقيق : علي محمد البجاوي ، مكتبة نهضة مصر ، الفجالة . مصر ، بدون تاريخ .
179. أسد الغابة في معرفة الصحابة ، لابن الأثير، دار الشعب، بدون تاريخ .
180. الإصابة في تمييز الصحابة ، لابن حجر، تحقيق : علي محمد البجاوي، دار نهضة مصر،

الفجالة . القاهرة ، بدون تاريخ .
181. الأعلام لخير الدين الزركلي ، دار العلم للملايين . بيروت ، الطبعة الخامسة ، 1980م.

182. أعلام النساء ، عمر رضا كحالة :
. مؤسسة الرسالة . بيروت ، بدون تاريخ .
. المطبعة الهاشمية . دمشق ، الطبعة الثانية ، 1377هـ . 1958م .
183. البداية والنهاية لابن الأثير، المكتبة القدوسية. لاهور، ط1، 1404هـ . 1984م.
184. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع ، للشوكاني ، دار المعرفة . بيروت ، د.ت
185. بغية الملتمس في تاريخ رجال أهل الأندلس لأحمد بن يحيى الضبّي، دار الكتاب العربي . 1967م.
186. تاج التراجم في طبقات الحنفية ، لقاسم بن قطلوبغا ، مطبعة إيجوكيشل . كراتشي ، الطبعة الثانية ، 1401هـ .
187. تاريخ الأمم والملوك للطبري، المطبعة الحسينية المصرية، الطبعة الأولى، بدون تاريخ .
188. تاريخ بغداد ، للخطيب البغدادي ، دار الكتاب العربي . بيروت ، بدون تاريخ .
189. تاريخ الخلفاء للسيوطي ، دار الفكر العربي . القاهرة ، بدون تاريخ .
190. ترتيب المدارك للقاضي عياض، تحقيق: أحمد بكير محمود، دار مكتبة الحياة . بيروت، ودار مكتبة الفكر. طربلس، بدون تاريخ.
191. تهذيب الأسماء واللغات ، للنووي ، إدارة الطباعة المنيرية . مصر بدون تاريخ .
192. تهذيب التهذيب ، لابن حجر ، مطبعة مجلس دار المعارف النظامية . الهند ، الطبعة الأولى، 1327هـ .
193. توشيح الديباج وحلية الابتهاج لبدر الدين محمد بن يحي القرافي ، تحقيق : أحمد الشتّوي ، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، 1403هـ . 1983م .
194. الجواهر المضيّة في طبقات الحنفيّة ، لابن أبي الوفاء ، مكتبة آرام باغ . كراتشي، د.ت.
195. حلية الأولياء لأبي نعيم الأصبهاني ، نشر دار الريان للتراث . القاهرة ، ودار الكتاب العربي . بيروت ، الطبعة الخامسة ، 1407هـ . 1987م .
196. الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لابن حجر، دائرة المعارف، حيدرآباد. الهند ، 1350هـ .
197. الديباج المذهب ، لابن فرحون مع نيل الابتهاج ، دار الكتب العلمية . بيروت، د.ت.

198. سير أعلام النبلاء لشمس الدين الذهبي ، مؤسسة الرسالة . بيروت ، الطبعة الثانية ، 1402هـ . 1982م .
199. شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد :
. دار إحياء التراث العربي . بيروت ، بدون تاريخ .
. دار المسيرة . بيروت ، الطبعة الثانية ، 1399هـ . 1979م .
200. طبقات ابن سعد ، دار صادر . بيروت ، 1405هـ . 1985م .
201. طبقات الشافعية ، لتاج الدين السبكي ، تحقيق : محمود محمد الطناحي ، وعبد الفتاح محمد الحلو ، عيسى البابي الحلبي ، الطبعة الأولى ، 1415هـ . 1966م .
202. الفتح المبين في طبقات الأصوليين لمصطفى المراغي ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية ، 1394هـ . 1974م .
203. الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد بن الحسن الحجوي، دار الكتب العلمية . بيروت ،الطبعة الأولى ، 1416هـ . 1995م.
204. مآثر الإنافة في معالم الخلافة ، للقلقشندي ، تحقيق : عبد الستار أحمد فراج ، عالم الكتب . بيروت ، بدون تاريخ .
205. مروج الذهب ومعادن الجوهر ، للمسعودي ، تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد ، المكتبة العصرية .، بيروت ، 1407هـ . 1987م .
206. معجم المؤلفين ، عمر رضا كحالة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، بدون تاريخ.
207. النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة للأتابكي ، دار الكتب المصرية . القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1349هـ . 1930م .
208. نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب ، للمقّري ، تحقيق : د. إحسان عباس ، دار صادر . بيروت ، 1388هـ . 1968م .
209. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لابن خلّكان ، تحقيق : د. إحسان عباس ، دار صادر . بيروت ، بدون تاريخ .

ثامناً : معاجم :

210. التعريفات للجرجاني ، دار الفكر . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1418هـ . 1997م.

211. القاموس الفقهي ، لسعدي أبو حبيب ، طبعة إدارة القرآن . كراتشي ، بدون تاريخ .

212. القاموس المحيط للفيروزآبادي ، مؤسسة الحلبي وشركاه . القاهرة ، بدون تاريخ .

213. لسان العرب لابن منظور :
. دار إحياء التراث العربي . بيروت ، الطبعة الأولى ، 1408هـ . 1988م .
. دار صادر، بيروت، بدون تاريخ .

214. المصباح المنير للفيومي ، نشر دار الهجرة . إيران ، الطبعة الأولى ، 1405هـ .

215. معجم مقاييس اللغة العربية ، لأحمد بن فارس ، تحقيق : عبد السلام محمد هارون ، مكتب الإعلام الإسلامي . إيران ، 1404هـ .

216. المعجم الوسيط ، لمجموعة من الباحثين، دار الدعوة استانبول تركيا، 1410هـ . 1989م.

217. المفردات في غريب القرآن، للراغب الأصفهاني، تحقيق: محمد سيد كيلاني، دار المعرفة . بيروت، بدون تاريخ.

218. النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين بن الأثير، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، ومحمود محمد الطناحي، دار إحياء التراث العربي بيروت، ط1 ، 1383هـ . 1963م .

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المقدمة :	1
التمهيد :	10

تعريف الخلاف لغة واصطلاحاً	11
أسباب الخلاف الثمانية	12
أنواع الخلاف من حيث هو	31
متى يباح التشبه بغير المسلمين	35
مجال الاختلاف السائغ	36
شروط الاختلاف السائغ	38
أنواع الخلاف من حيث الظاهر	39
مراتب الخلاف	44
آداب المجتهد بالنسبة إلى الخلاف	46
الفصل الأول	
تعريف مراعاة الخلاف وبيان صلتها ببعض الأصول الشرعية	48
المبحث الأول : تعريف مراعاة الخلاف وتمييزها عما اشتبه بها من القواعد	49
المطلب الأول : تعريف مراعاة الخلاف	49
تعريف ابن عرفة	50
تعريف القباب	52
المطلب الثاني : الفرق بينها وبين الخروج من الخلاف	53
الفرع الأول : خصائص الخروج من الخلاف	53
الفرع الثاني : خصائص مراعاة الخلاف	56
الموضوع	**الصفحة**
الفرع الأول : مضمون اعتبار المآل	58
الفرع الثاني : أدلته	60
المطلب الثاني : بيان صلة مراعاة الخلاف باعتبار المآل	62
المبحث الثالث : صلة مراعاة الخلاف بالاستحسان	65

المطلب الأول : التعريف بالاستحسان وبيان أقسامه وحجيّته : 65
الفرع الأول : تعريف الاستحسان 65
الفرع الثاني : أنواع الاستحسان 68
الفرع الثالث : مشروعيته 71
المطلب الثاني : بيان صلة مراعاة الخلاف بالاستحسان 73

الفصل الثاني

تحقيق مراعاة الخلاف 76
المبحث الأول : تحرير حجيّة ما تعلق بمراعاة الخلاف من المسائل 77
المطلب الأول : في قولهم اختلاف العلماء رحمة 77
الفرع الأول : تحقيق الأثر سندا ومتنا 77
الفرع الثاني : تحقيق مسألة الخطأ والإصابة في الاجتهاد 79
المطلب الثاني : تحقيق مسألة اقتضاء النهي للفساد أو عدمه 87
الفرع الأول : التعريف بالنهي وما يتعلق به : 87
تعريف النهي 87
صيغه ووجوه استعمالها 88
دلالات النهي 89
الفرع الثاني : اقتضاء النهي للفساد أو عدمه في حالتين : 90
حالة ورود النهي مطلقاً 90
حالة ورود النهي مع قرينة 94

الموضوع	الصفحة

مدخل : 99
المطلب الأول : موقف الأئمة من مراعاة الخلاف 100
المطلب الثاني : مناقشة حجيّة مراعاة الخلاف 105
الفرع الأول : أدلة القائلين بها 105
الفرع الثاني : أدلة المانعين منها 111
الفرع الثالث : شروط العمل بها 117

المطلب الثالث : مسائل تنبني على القول بمراعاة الخلاف 122

الفصل الثالث

أثر مراعاة الخلاف في بعض الفروع الفقهية 126

مدخل : 127

المبحث الأول : مراعاة الخلاف في العبادات 128

1. الماء اليسير إذا حلت فيه النجاسة اليسيرة 128

2. عدم الوضوء من الرعاف والحجامة 128

3. الصلاة بماء بئر وقعت فيه فأرة 129

4. من صلى ببول فأرة أصابه 129

5. من نسي تكبيرة الافتتاح وكبر للركوع 130

6. من قام إلى ثالثة في النافلة 131

7. شهادة الواحد على رؤية الهلال عند من لا يقول بها 131

المبحث الثاني : مراعاة ا لخلاف في النكاح 133

1. النكاح بغير ولي 133

2. نكاح التفويض 135

3. الصداق بمنافع الحر 135

4. نكاح المحرم 136

5. نكاح المحلل 137

الموضوع **الصفحة**

6. نكاح الشغار 139

7. نكاح السر 140

المبحث الثالث : مراعاة الخلاف في المعاملات المالية 142

مدخل : 142

1. تلقي الركبان للبيع 144

2. بيع الحاضر للبادي 145

3. البيع على بيع أخيه 147
4. بيع النجش 148
5. بيع ا لكلب المعلم 149
6. حكم الإجارة الفاسدة 150
7. البيع يوم الجمعة 151
8. بيع العينة 151
المبحث الرابع : مراعاة الخلاف في الجنايات 154
مدخل : 154
1. شبهة النكاح والوطء المختلف فيه : 156
أ. النكاح بلا ولي 156
ب. النكاح بلا شهود 156
جـ. نكاح الشغار 156
د. نكاح المتعة 156
هـ. وطء الأمة المحللة 157
2. حكم شرب النبيذ المختلف في حرمته 158
3. التداوي بالخمر 160
4 - الشبهة المسقطة لحد السرقة 161

الموضوع	الصفحة
الخاتمة	163
الفهارس:	165
1 ـ فهرس الآيات القرآنية	165
2 ـ فهرس الأحاديث الشريفة	167
3 ـ فهرس الأعلام المترجم لهم	170

4 ـ ثبت المصادر والمراجع 175
5 ـ فهرس الموضوعات 189

This document was created with Win2PDF available at http://www.daneprairie.com.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.